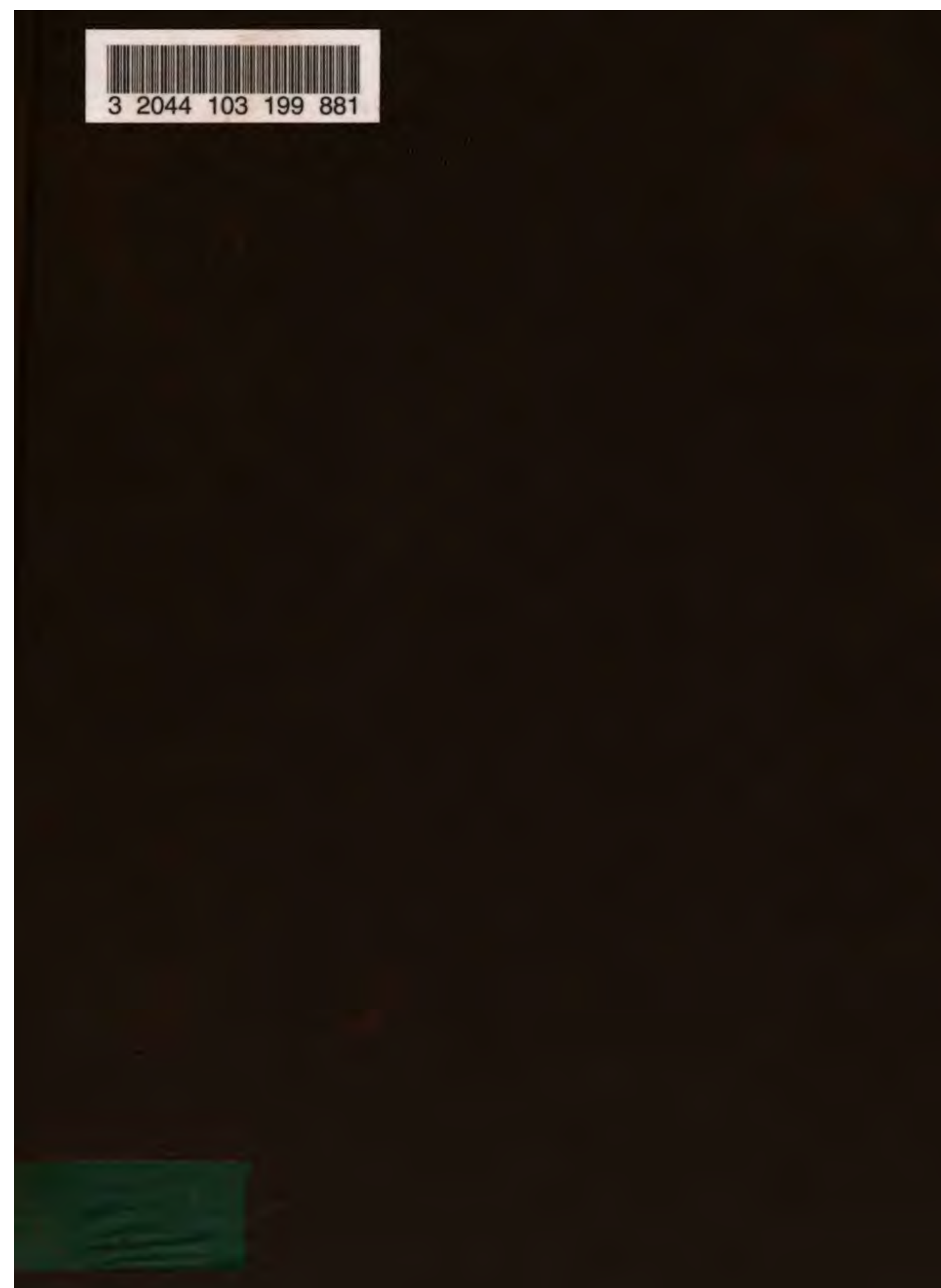

3 2044 103 199 881


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
VE
RI
TAS
CHRISTO ET ECCLESIAE





FESTGABE

FÜR

HEINRICH DERNBURG

ZUM

DOKTOR-JUBILÄUM

ÜBERREICHT VON DER

RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

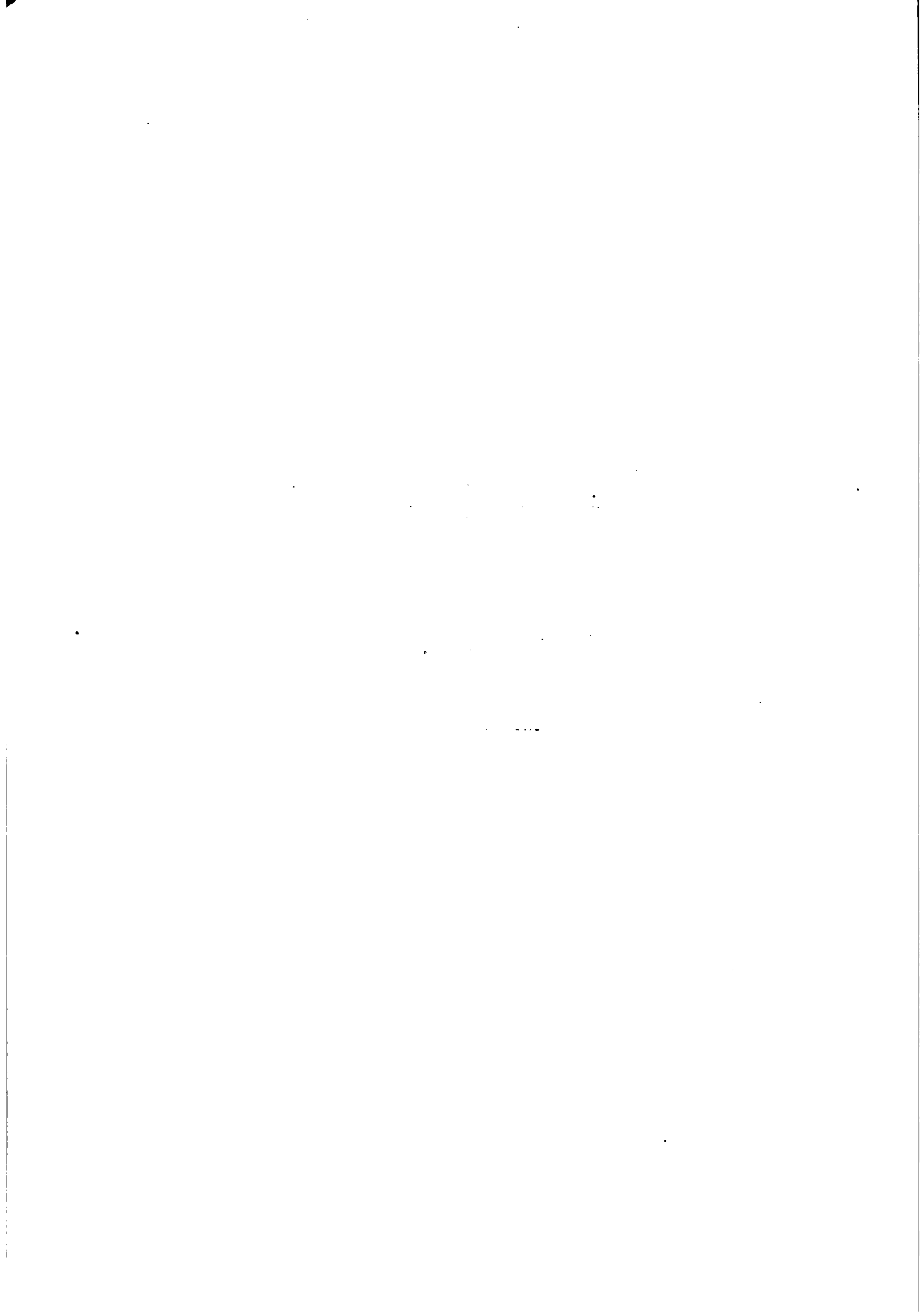
WÜRZBURG.

LEIPZIG
A. DEICHERT'SCHE VERLAGSBUCHHANDLG. NACHF.
(GEORG BÖHME)
1900.

HEINRICH DERNBURG

ZUM

4. APRIL 1900.



Hochverehrter Herr Jubilar!

In der Mitte des Jahrhunderts, an dessen Schwelle der Name Savignys und die mit ihm verknüpfte modernste Renaissance des römischen Rechts steht, an dessen Ende die Geburtsstunde des geistesgewaltigen Werkes geschlagen hat, welches das Sehnen der Nation nach einem einheitlichen Privatrecht erfüllt, haben Sie, die Lernjahre formell abschliessend, die Doktorwürde erworben.

Von diesem Tage an bis heute ist Ihr wissenschaftliches Leben ein reichgesegnetes gewesen.

Auf dem Boden der historischen Schule, ihrer Methode und ihrer Resultate stehend und mit feinem Sinn für die geschichtliche Entwicklung des Rechts begabt, haben Sie nie vergessen, dass das Recht in erster Linie den Bedürfnissen des Lebens zu dienen hat. Allezeit die Einseitigkeit extremer Richtungen meidend, haben Sie in tiefgründigen Monographien wie in Ihren die Resultate eigener und fremder Forschung zusammenfassenden Lehrbüchern in formvollendeter, von praktischem Takte getragener Darstellung die Wissenschaft bereichert und ihr Studium gefördert, stets eingedenk dessen, was Sie vor vierzig Jahren als Postulat aufgestellt haben: dass der juristische Schriftsteller den Ernst und die Pflichttreue des gewissenhaften Richters nie verleugnen darf. Und wie Sie dem alten Rechte fremden und heimischen Ursprungs Ihre ganze reiche Kraft gewidmet, so sind Sie in einem Alter, in dem das maximo labore iam fessus honesta

vita requiescere wohl begreiflich erschienen wäre, an die gewaltige Arbeit herangetreten, die neu geschaffene Grundlage des einheitlichen Rechts in wissenschaftlichem Geiste zu durchdringen, den überreichen Stoff nach seinem inneren Zusammenhange zu erforschen und zu gestalten und damit zu Ihrem Teile dazu beizutragen, dass das einheitliche Recht auch ein wissenschaftlich durchgearbeitetes und brauchbares sei.

Der Tag, an dem Sie auf die reiche Thätigkeit eines halben Jahrhunderts zurückschauen, ist wie für Sie ein erhebender und glücklicher, so für die mit Ihnen nach dem gleichen Ziele des Ausbaues des Rechts und der Ausbildung der cupida legum iuventus Strebenden ein zum Gefühle des Dankes für Ihre Wirksamkeit stimmender.

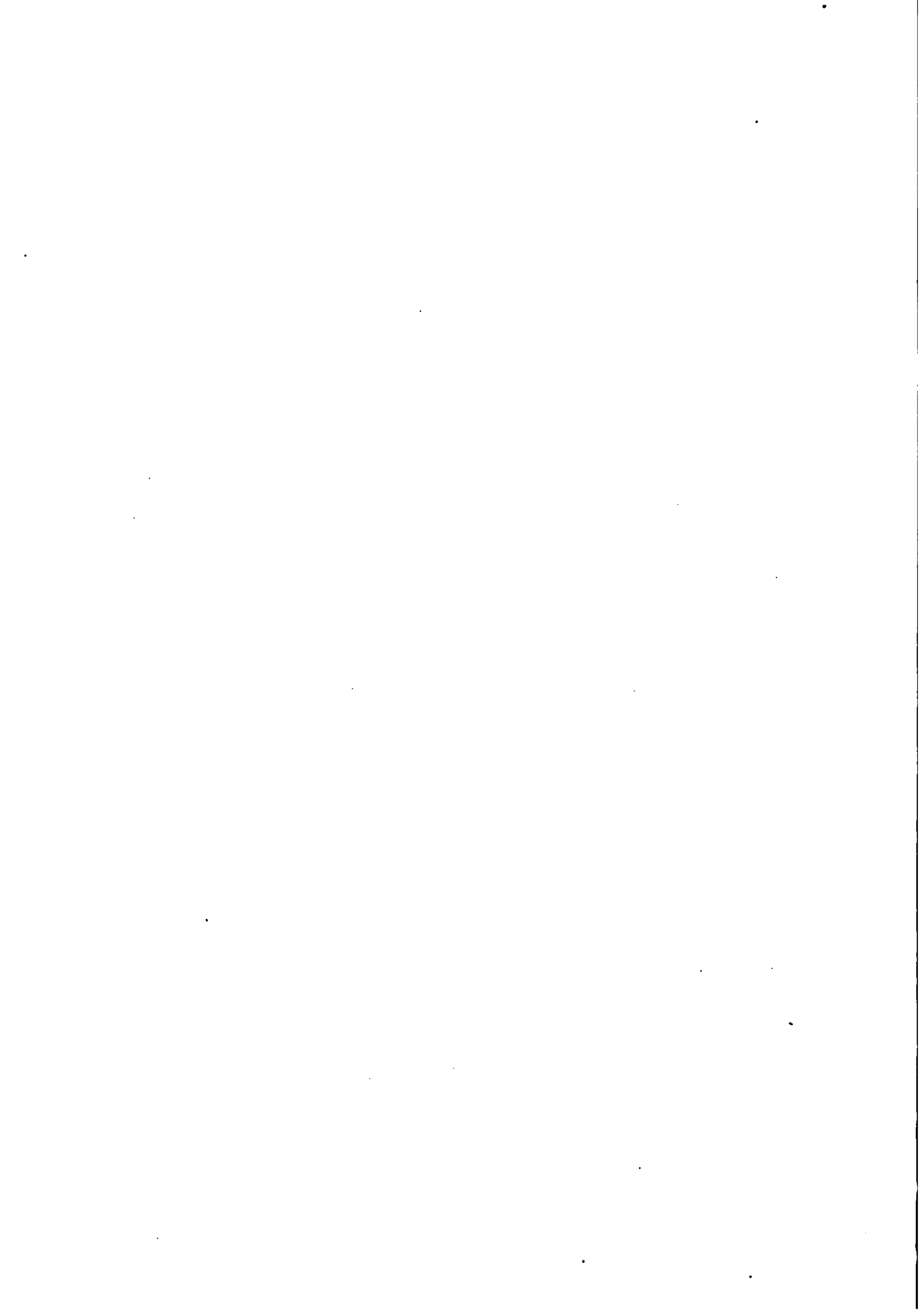
Mit der Bitte, als einen Ausdruck dieser unserer Gesinnung die kleine Gabe wohlwollend entgegenzunehmen, verbinden wir den Wunsch, dass Ihnen die Fülle der bewährten Kraft zur Vollendung der grossen Aufgabe, die Sie sich gesetzt, und lange darüber hinaus erhalten bleiben möge.

Die rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Würzburg.

Burckhard. Schanz. Schollmeyer.

Mayer. Oetker. Meurer. Piloty.

INHALT.

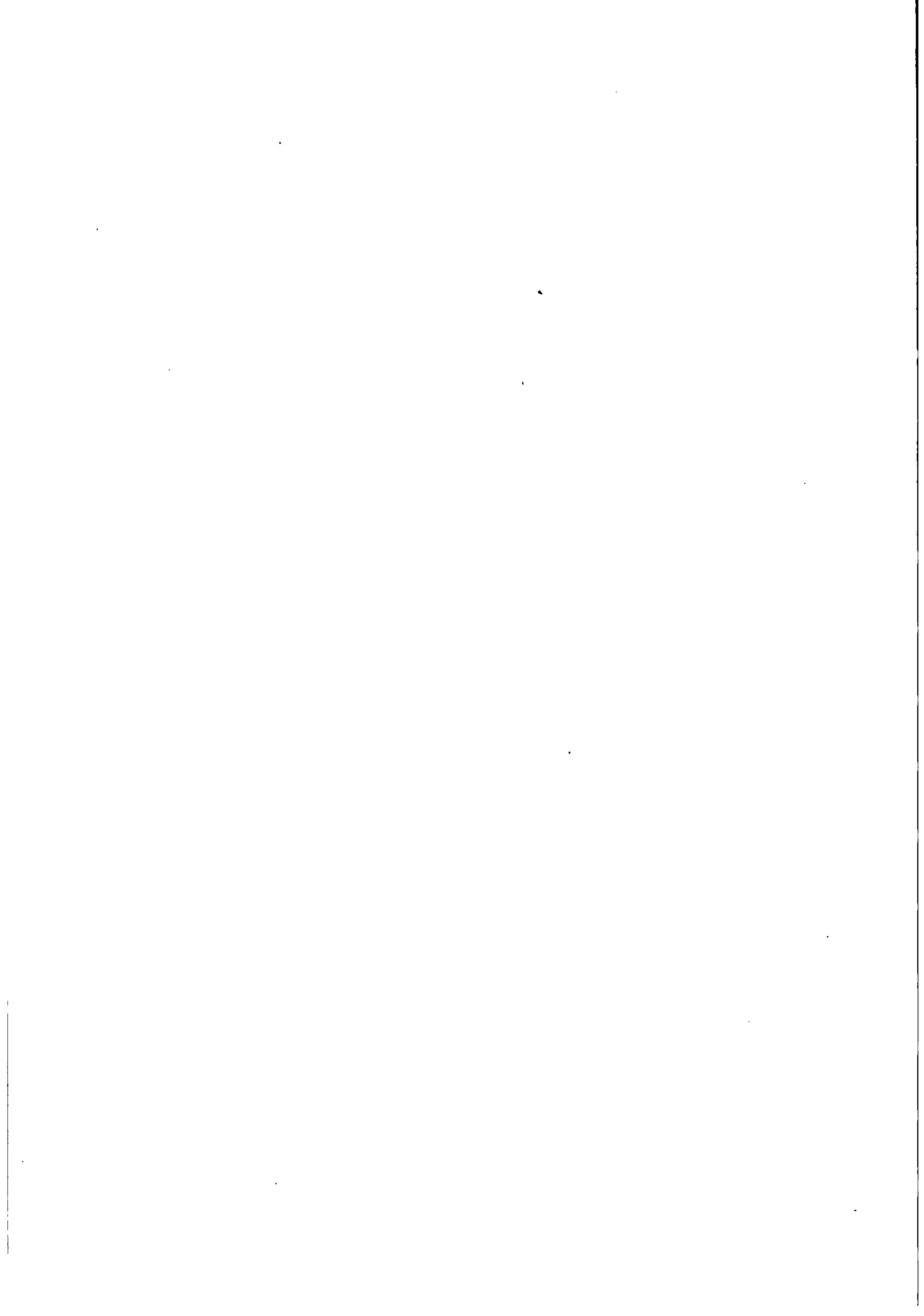


Zu Fragmenta Vaticana 269.

Ein Beitrag
zur Lehre von der Schenkung und Dos

von

Dr. Hugo Burckhard,
Professor in Würzburg.



Fragmenta Vaticana 269.

Ulpianus lib. XLVI. [XLIII?] ad Sabinum. ‚Ut quod utendum mater filiae dedit, non videatur donatum et si donatum sit, non valeat, in potestate filia constituta patris; aliud esse, si dotem dedit.' Ulpianus: constat, quod utendum filiae datum est, non esse donatum; sed et si donatum [V. donator] esset, aeque donatio non valeret in filiam conlata, quae in patris erat potestate. plane si in dotem mater filiae dedisset, valet quod factum est; potest enim donare filiae, cum res mariti fiant, quamvis quandoque filia vel sola, si iuris sui fuerit, vel voluntate filiae pater habeat rei uxoriae actionem. merito igitur Sabinus ait, si inscia uxore vel invita maritus in dotem dedit, rem mariti non esse factam et ideo vindicari ab herede mulieris posse. quod [si] sciente ea hoc factum sit, consequens erit dicere in dotem conversum esse id quod datum est.

I.

Die Stelle spielt eine nicht unwichtige, m. E. nicht genügend gewürdigte Rolle bei der Frage, ob in der Dosbestellung eine Schenkung an die Frau liegt, oder richtiger, ob die Absicht, der Frau eine schenkweise Zuwendung zu machen, auch in der Weise verwirklicht werden kann, dass dem Manne eine Dos gegeben oder versprochen wird.

Dass diese Frage, wie mehrfach gesagt ist, für das gemeine Recht keine grosse praktische Bedeutung hat, weil, auch wenn sie bejaht wird, die meisten Schenkungssätze auf eine solche Schenkung keine Anwendung fänden, würde das wissenschaftliche Interesse an ihrer Untersuchung nicht beeinflussen und diese selbst nicht als wertlos erscheinen lassen; ihre

Berechtigung ist daher auch nicht ausgeschlossen durch den Umstand, dass das Bürgerliche Gesetzbuch das Institut der Dos nicht kennt. Vom Standpunkte des gemeinen Rechts ist aber die Behauptung, dass Schenkungssätze auf die donandi causa erfolgte dotis constitutio nicht anwendbar seien, in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend, falls die im folgenden auszuführende Ansicht richtig ist, dass zwar während der Ehe der Schenkungscharakter der Zuwendung zurücktritt, weil es sich eben nicht um eine simplex donatio, sondern um eine donatio dotis causa handelt und die dotis causa in dieser Zeit die donationis causa überwiegt und zurückdrängt, dass aber bei Auflösung der Ehe, wenn die Zuwendung ihre Funktion, den Zwecken der Ehe zu dienen, erfüllt und den Charakter als Dos verloren hat, die Schenkungscausa rein hervortritt. Liegt in dem Verbringen von Vermögensobjekten in das Vermögen des Mannes in Gestalt der Dos zugleich eine Zuwendung in das Vermögen der Frau, und ist diese Zuwendung von seiten des Dosbestellers als eine unentgeltliche schenkweise ea mente ut liberalitatem adversus mulierem exerceat, gemacht und von der Frau in diesem Sinne angenommen, so ist, da alsdann alle Voraussetzungen des Schenkungsbegriffs gegeben sind, nicht zu erkennen, weshalb das nicht Schenkung sein soll. Die Besonderheit des Mittels dieser Zuwendung an die Frau, infolge deren sie zunächst nicht, wie eine nicht dotis causa erfolgte Zuwendung, in das freie Vermögen der Frau kommt, bewirkt, dass diese zugleich dem Doszweck unterworfene Schenkung eigenen Grundsätzen und Besonderheiten unterliegt, so lange die Ehe und damit der Dotalcharakter dauert; sobald aber mit dem Aufhören der Dos diese Besonderheiten wegfallen, ist kein Grund vorhanden, weshalb für diese donationis causa gemachte und angenommene, jetzt freies, ungebundenes Vermögen der Frau bildende Zuwendung die Grundsätze der Schenkung nicht gelten sollten.[1])

---

[1]) Das schliesst nicht aus, dass manche Schenkungssätze, die wegen der mit der causa donationis verbundenen dotis causa auf diese Zuwendung nicht Anwendung finden, auch für die Zeit nach der Ehe nicht in Betracht kommen: so die Befreiung von der Insinuationsvorschrift nach l. 31. C. de iure dot. 5. 12. und der Satz in Fragm. Vatic. 269, dass der Gewalthaber das Eigentum der für seine Tochter von seiner Ehefrau als Dos gegebenen Sachen nicht erwirbt und darum hinsichtlich dieser durch Dosbestellung realisirten Schenkung an die Haustochter das Verbot der donatio inter virum et uxorem nicht platzgreift. Vgl. unten sub. VII.

Selbstverständlich kann von Schenkung nur die Rede sein, wenn die in der Dosbestellung liegende Zuwendung an die Frau eine unentgeltliche ist, also nicht bloss eine solche, für die die Frau keine eigentliche Gegenleistung gibt, sondern auch eine solche, durch die der Besteller sich nicht von einer der Frau gegenüber ihm obliegenden Rechtspflicht befreit. Dass ein extraneus, der als Schuldner der Frau auf deren Anweisung dem Manne das Geschuldete als Dos gibt, keine Schenkung an die Frau vornimmt, ist ebenso zweifellos, wie dass das nicht der Fall ist, wenn der Vater in Erfüllung seiner gesetzlichen Dotationspflicht dem Manne eine Dos bestellt:[2]) beide leisten der Tochter gegenüber solvendi causa, und damit ist, da man einer und derselben Person mit derselben Handlung nicht zugleich zahlen und schenken kann, die donationis causa ausgeschlossen. Ebenso ist selbstverständlich, dass beim Geben einer Dos von seiten der Frau eine Schenkung nicht vorliegt, da man ebensowenig sich selbst beschenken wie irgend ein anderes Rechtsgeschäft mit sich selbst abschliessen kann; wohl aber bleibt die von der Frau dem Manne dotis causa gemachte Zuwendung, die formell in das Vermögen des Mannes kommt, materiell ihr eigenes Vermögen, ihre res uxoria: daher bekommt sie, wenn ihr die Dos durch praelegatum dotis hinterlassen wird, nicht etwas ihr bisher Fremdes, sondern sie erhält vielmehr etwas, was ihr bisher in der Gestalt der Dos als gebundenes Vermögen gehörte, als nunmehr freies Vermögen, wie sie es vor der Dosbestellung hatte, zurück (magis recepit quam accepit), und darum ist ein auf dieses Legat gelegtes Fideikommiss unwirksam (l. 2 § 1. de dote praeleg. 33, 4).

Die Frage, ob in der Dosbestellung eine Schenkung an die Frau liegt oder liegen kann, wird von der herrschenden Ansicht bejaht, teils schlechthin, teils mit der richtigen, aber nicht näher ausgeführten und begründeten Bemerkung, dass die praktischen Konsequenzen dieser Schenkung sich während der Ehe nicht geltend machten.[3])

---

[2]) Dass der Vater überhaupt nicht donandi causa die Dos bestellen könne, lässt sich nicht behaupten: da, wo die Tochter hinreichendes eigenes Vermögen hat, besteht für den Vater keine Verpflichtung, und in diesem Sinne wird hinsichtlich des doch dotierenden Vaters von einer liberalitas gesprochen.

[3]) Hasse, Das Güterrecht der Ehegatten S. 383 ff. Meyerfeld, Die Lehre von den Schenkungen II. S. 75 ff. Scheurl, Krit. V. Schr. VI. S. 35 ff., XI. S. 110 ff., 119. Czyhlarz, Das röm. Dotalrecht S. 65 ff. Lotmar, Über Causa im röm.

In scharfsinniger Weise hat Bechmann[4]) diese Ansicht bekämpft und seine abweichende Meinung, dass die donationis causa durch die dotis causa stets ausgeschlossen werde, gegen den Widerspruch von Scheurl verteidigt. Der neueste Bearbeiter des römischen Dotalrechts, Czyhlarz (a. a. O. S. 65 ff.), hat sich auf die Seite der herrschenden Ansicht gesellt, aber, wie mir scheint, nicht alle für sie sprechenden Gründe hervorgehoben. Auch ist von Czyhlarz der Sinn von Fragm. Vatic. 269 m. E. im wesentlichen richtig erfasst; da es sich ihm aber vorwiegend um die Widerlegung der — nur bei Änderung der handschriftlichen Lesart möglichen — Ansicht, dass nach dieser Stelle die causa dotis der Zustimmung der Frau bedürfe, handelt, und da Mommsen (Coll. lib. iur. anteiust. III. p. 84) zwar erklärt, dass Czyhlarz in re ipsa verum vidit, aber doch eine Änderung der Lesart vornimmt, die hiermit nicht in Einklang steht,[5]) so ist eine nochmalige Prüfung wie der ganzen Frage, so speziell dieser Stelle darauf hin, ob sie einen Beweis für die Möglichkeit einer Schenkung durch Dosbestellung liefert, wohl am Platze.

Die Stelle bietet — wenn man von nicht gerechtfertigten und zum Teil zweifellos falschen Änderungen der Lesart absieht — eine starke Stütze für die herrschende Ansicht. Denn sie enthält, um dies vorwegzunehmen, eine Ausführung über Platzgreifen und Nichtplatzgreifen des Verbotes der Schenkung unter Ehegatten, die keinen Sinn hätte, wenn in der Dosbestellung keine Schenkung an die Frau läge. Sie sagt: „liegt eine Schenkung, d. h. eine gewöhnliche Schenkung, von seiten der

Recht S. 144 ff. Brinz, Pand. S. 1241, 1250. Windscheid, Pand. II. § 492 A. 5. Dernburg, Pand. 5. Aufl. III. § 13 A. 9.

[4]) Das röm. Dotalrecht I. S. 211 ff., II. S. 33 ff.

[5]) Mommsen will statt cum res mariti fiant, quamvis u. s. w. lesen: cum, quamvis res mariti fiant u. s. w. Danach würde das potest donare filiae durch diese sich anschliessenden Worte nicht begründet und ein etwa dagegen zu erhebender Zweifel beseitigt, sondern gesagt, worin die Schenkung besteht (trotz des Erwerbs des Eigentums durch den Dosempfänger hat doch die Tochter, bezüglich mit ihrem Willen der Vater, in der dereinstigen actio rei uxoriae die Zuwendung). Nach dem ganzen Zusammenhange handelt es sich aber um die Begründung des Umstandes, dass, während eine gewöhnliche Schenkung der Mutter an die Haustochter wegen des Verbotes der Schenkungen unter Ehegatten nichtig ist, ein donare durch Dosbestellung diesem Verbote nicht unterliegt.

Mutter an die in der Gewalt des Vaters stehende Tochter vor, so gilt diese Schenkung nicht, nämlich weil dadurch dem Gewalthaber erworben und damit gegen das Verbot der donatio inter virum et uxorem verstossen wird; wenn hingegen die Mutter für die gewaltunterworfene Tochter eine Dos gibt, so ist dies gültig, d. h. das Schenkungsverbot steht nicht im Wege, denn die Mutter kann der Tochter schenken, d. h. in dieser Weise, durch dotem dare kann sie schenken, da die durch donatio dotis causa der Tochter gemachte Zuwendung nicht wie bei der simplex donatio in das Eigentum des Gewalthabers der dotierten und damit beschenkten Tochter fällt, sondern in das des Mannes der Tochter". Welchen Sinn sollte diese Gegenüberstellung haben: „Schenkung an die Tochter, die dem Gewalthaber zufällt und darum wegen des Eheschenkungsverbots nichtig ist, und Dosbestellung, wobei das Zugewandte dem Gewalthaber nicht zufällt, und die darum von dem Verbot nicht getroffen wird", wenn nicht in der Dosbestellung eine Schenkung an die Tochter läge und darum an das Platzgreifen des Verbots gedacht werden könnte? Durch die Art und Weise der Gegenüberstellung der beiden Zuwendungen und die Begründung der Verschiedenheit ihrer rechtlichen Behandlung ist die Möglichkeit ausgeschlossen, dass, wie Bechmann II. S. 40 meint, das valet quod factum est des Juristen darin seinen Grund habe, weil in der Dosbestellung von seiten der Mutter überhaupt keine Schenkung an die Tochter und dadurch mittelbar an deren Gewalthaber liege. Um zu sagen, dass das, was nicht Schenkung ist, von dem Schenkungsverbot nicht betroffen wird, hätte es dieses Gegensatzes und dieser ganzen Erörterung nicht bedurft. Es würde dann doch wohl gesagt sein: potest enim dotem dare, cum haec non sit donatio, und die Begründung, dass hier das Eigentum nicht dem Gewalthaber, sondern dem Ehemann der Tochter erworben werde, wäre eine durchaus überflüssige, ja abwegige. Es muss sich für Ulpian notwendig darum handeln, dass in der Dosbestellung eine Zuwendung an die Frau liegt, die, als donandi causa gemacht, eine donatio, wenn auch wegen des dazu benutzten Mittels und des in der Zuwendung gleichzeitig verfolgten weiteren Zwecks nicht eine gewöhnliche einfache Schenkung, sondern eine donatio dotis causa ist: nur dann hat es einen Sinn zu sagen, dass auf diese Zuwendung das Schenkungsverbot nicht Anwendung leide. Und nun erklärt überdies Ulpian ausdrücklich, dass id quod factum est, die Dosbestellung

seitens der Mutter, trotz des Schenkungsverbotes gültig sei, weil die Mutter filiae donare potest, indem dieses durch Bestellung der Dos erfolgende donare keinen Erwerb des Gewalthabers herbeiführe.

Dieses klar beweisende potest enim filiae donare sucht Bechmann II. 40. A. 2 zu entkräften durch die Bemerkung: der ganze Zusammenhang ergebe, dass das Wort hier im weiteren, uneigentlichen Sinne gebraucht sei. Ich stelle dem die sub VII zu erhärtende Behauptung gegenüber: der ganze Zusammenhang ergibt, dass dieses donare eine Schenkung im engeren eigentlichsten Sinne bedeutet, nur eben nicht eine simplex donatio, sondern eine donatio dotis causa. Was Bechmann unter Schenkung im weiteren, uneigentlichen Sinne begreift, hat er nicht gesagt; nach der Ausführung Bd. I S. 211, 212 scheint er darunter eine Liberalität, d. h. wohl eine wohlwollende, den Vorteil der Frau bezweckende Handlung, zu verstehen, die darum keine Schenkung im engeren eigentlichen Sinne sei, weil es an der Bereicherung und an der Willenseinigung fehle. Dass diese beiden Gründe nicht zutreffend sind — indem eine Bereicherung für die Frau stets vorliegt und das Fehlen der Willenseinigung zwar möglich, aber nicht notwendig ist, und beim Vorhandensein der Willenseinigung über die causa donandi jeder Grund für das Leugnen des Schenkungscharakters dieser Zuwendung fehlt — wird im folgenden dargelegt werden. Hier genügt es hervorzuheben, dass, wenn über einen Punkt der Schenkungslehre Übereinstimmung herrscht, es der ist, dass da, wo das Verbot der donatio inter virum et uxorem Platz greift, Schenkung im engsten eigentlichsten Sinne vorhanden ist. Wird also bei der Dosbestellung von seiten der Mutter für die gewaltunterworfene Tochter an die Anwendbarkeit dieses Schenkungsverbotes gedacht und wird dieses als nicht zutreffend zurückgewiesen nicht darum, weil es sich hierbei nicht um Schenkung handele, sondern darum, weil die schenkweise Zuwendung an die Tochter wegen des besonderen damit kombinierten Zwecks nicht dem Gewalthaber zufällt, so handelt es sich um eine Schenkung im engeren eigentlichen Sinne, d. h. um eine Zuwendung, durch die unter Übereinstimmung beider Teile über die causa donandi ein pauperior und locupletior fieri bewirkt wird. — Und was endlich das Gegenargument von Bechmann (II. 40. A. 2) betrifft: „eine Schenkung, wobei die geschenkten Sachen unmittelbar in das Eigentum eines Dritten übergehen (cum res mariti fiant), ist eben keine

Schenkung im technischen Sinne", so ist dieser Satz ebenso unbestreitbar richtig wie hier nicht in Betracht kommend. Gewiss kann ich dem A eine Sache nicht dadurch schenken, dass ich dem B das Eigentum an dieser Sache unmittelbar übertrage (d. h. ohne dass A mich, der ihm schenken will, anweist statt an ihn an den B zu geben): das ist dem A gegenüber nicht bloss keine „Schenkung im technischen Sinne", sondern überhaupt keine Schenkung. Aber bei der dotis constitutio handelt es sich um einen solchen Fall nicht: dies liesse sich mit jenem Falle nur dann vergleichen, wenn die Frau durch die Dosbestellung überhaupt nichts bekäme (was Bechmann freilich sagt, aber doch nicht festhält)[6], in Wahrheit erhält aber die Frau in der dem Manne gegebenen Dos eine Vermögenszuwendung und hat infolge davon, mag man den rechtlichen Charakter dieses in bonis mulieris esse fassen wie man will, eine res uxoria, die, wenn auch in anderer Weise als ihre sonstige Habe, zu ihrem Vermögen gehört.

II.

Ehe auf die Widerlegung der gegen den Schenkungscharakter geltend gemachten beiden Gründe Bechmanns — es fehle an dem Erfordernisse der Bereicherung wie an dem der Willensübereinstimmung — eingegangen wird, ist der allgemeine Grund ins Auge zu fassen, auf dem seine abweichende Ansicht beruht und der ihn verhindert hat, das Nichtzutreffende des zweiten Grundes zu erkennen.[7])

Er hält eine Schenkung dotis causa für einen Widerspruch: wie ein Legat, das nicht ein bloss formelles Geschäft, sondern selbst eine causa der Vermögenszuwendung sei, nicht selbst wieder zu einem ausser ihm liegenden Zwecke vorgenommen werden könne und darum ein legatum dotis causa, gerade wie ein legatum solutionis causa, ein Widerspruch

---

[6]) Bechmann nimmt nicht bloss eine unentziehbare spes quandoque recipiendae dotis an, die doch nicht anders denn als Vermögensbestandteil betrachtet werden kann, er sagt auch I. S. 215 geradezu, dass die Frau in der Dos unentgeltlich bereichert sei. Vgl. unten sub VI. a. E.

[7]) Vgl. zum folgenden auch Lotmar, Über causa im röm. Recht S. 51 ff., 71 ff.

sei, so auch eine Schenkung dotis causa (II. 126 ff.). In Bezug auf das legatum dotis erkennt Bechmann freilich an, dass sich auch ein anderer Standpunkt geltend machen lasse: dass nämlich ein solches Legat eine Doppelnatur habe und Legat und Dos zwei causae seien, die sich innerlich nicht widersprechen, vielmehr bis zu einem gewissen Punkte parallel miteinander gehen und von denen jede nur noch gewisse, sich gegenseitig nicht ausschliessende spezifische Wirkungen äussert, weshalb denn im Gegensatz zu Gaius, der auf dem ersteren Standpunkte stehend nicht den Mann, sondern die Frau als honoriert betrachte, andere Juristen von dem letzteren Standpunkte aus dem Manne als Honorierten die Klage gewährten.[8]) Hingegen hält er daran fest, dass es eine Schenkung dotis causa nicht gebe, dass also hier eine solche Doppelnatur der Zuwendung, ein Verfolgen der causa donationis und der causa dotis, von denen jede gewisse spezifische sich nicht ausschliessende Wirkungen äussert, in derselben Zuwendung nicht angenommen werden könne: es erscheint ihm das (wenn man seine hinsichtlich des legatum dotis gebrauchte Wendung benutzt) als eine Schenkung, die keine Schenkung ist, sondern eine Dos, und wiederum als eine Dos, die keine Dos ist, sondern eine Schenkung.

Wäre diese Ansicht, dass die causa donationis und die causa dotis einander schlechthin ausschliessen, richtig, so wäre damit die ganze Frage gelöst, und wir würden nur nicht begreifen, wie die römischen Juristen auf den Gedanken kommen konnten, in einem solchen Falle von donare zu sprechen und Schenkungssätze darauf anzuwenden oder solche als ausgeschlossen zu erklären für notwendig zu halten. Denn mit dem Einwand, dass in allen Fällen, wo dies geschieht, lediglich ein donare im weiteren Sinne gemeint sei, kann dieses Bedenken ebensowenig beseitigt werden wie durch den, dass es sich dabei stets um den Fall handele, wo der Frau eine wirkliche Schenkung gemacht ist mit der Auflage, das ihr schenkweis Zugewandte zur Bestellung einer Dos an ihren Mann zu verwenden.[9])

Aber der Fehler, der dieser Argumentation zu Grunde liegt, ist unschwer nachzuweisen.

---

[8]) Über die verschiedenen Ansichten der römischen Juristen vgl. Czyhlarz S. 137 ff.

[9]) Darüber, dass zwischen diesem Falle und dem der unmittelbaren Dosbestellung kein Unterschied besteht, vgl. unten sub VI. a. E.

Gewiss kann ich demjenigen, dem ich solvendi causa leiste, mit dieser Leistung nicht schenken: insofern schliessen beide causae sich aus. Aber ebenso gewiss kann in derselben Zuwendung zugleich die causa solvendi gegen eine Person und die causa donandi gegen eine andere Person verwirklicht werden. Wenn ich in der Absicht, dem B zu schenken, dessen Gläubiger A die Schuld des B bezahle, so ist die durch Leistung an A bewirkte Zuwendung dem A gegenüber solvendi causa erfolgt, während die in dieser Leistung an A liegende, in der Befreiung von seiner Schuld bestehende Zuwendung an B dem B gegenüber donandi causa erfolgt ist. Die solutio ist ein Kausalgeschäft, ein dare solvendi causa, und dieses dem Gläubiger gegenüber vorgenommene zusammengesetzte Geschäft, welches die causa solvendi in sich schliesst, wird benutzt zur Verwirklichung eines weiteren Zweckes, des Zweckes, dem Schuldner zu schenken, wie es benutzt werden kann zur Verwirklichung einer anderen causa: der Zahlende kann gegenüber dem Schuldner als Mandatar oder negotiorum gestor desselben mit der Absicht Ersatz zu fordern und somit credendi causa handeln oder in Erfüllung eines ihm zu gunsten des Schuldners aufgelegten Legats, also solvendi causa. Weshalb soll, wenn durch solutio an den Gläubiger eine Schenkung an den Schuldner vorgenommen werden kann, die Möglichkeit ausgeschlossen sein, dass durch Bestellung einer Dos an den Mann eine Schenkung an die Frau vorgenommen wird? Denn für die hier zur Erörterung stehende Frage, ob die causa dotis und die causa donationis einander ausschliessen, kommt der Unterschied, dass in jenem Falle die Schenkung eine reine, in diesem eine durch den gleichzeitig verfolgten Doszweck beeinflusste und beschränkte ist, nicht in Betracht. Die dotis constitutio ist ein dare dotis causa und dieses zwischen dem Besteller und dem Ehemann geschlossene Kausalgeschäft dient zugleich zur Erreichung eines gegenüber der Frau verfolgten Zweckes. Wie bei der solutio donandi causa das dare das Mittel ist, um die solvendi causa gegenüber dem Gläubiger zu verwirklichen, das dare solvendi causa aber, die solutio, das Mittel zur Verwirklichung der causa donandi gegenüber dem Schuldner, so ist gegenüber dem Ehemann das dare das Mittel zur Verwirklichung der causa dotis, das dare dotis causa aber, die dotis constitutio, das Mittel zur Erreichung der der Frau gegenüber verfolgten causa donandi. Der eine erhält solvendi bezüglich dotis causa, der andere donandi causa: von einer Unvereinbarkeit

der beiden causae kann in diesem Falle nicht die Rede sein. Dies liesse sich nur dann behaupten, wenn es rechtlich dasselbe Mittel wäre, welches die beiden verschiedenen causae realisieren sollte, das ist aber eben nicht zutreffend in diesem Falle: dort ist das Mittel, mit welchem die causa solvendi oder dotis erreicht werden soll, das einfache dare und dieses bildet in der Verbindung mit seinem Zweck das Geschäft der solutio oder dotis constitutio, hier hingegen ist das Mittel, welches zur Erreichung der causa donandi benutzt wird, nicht das einfache dare, sondern das zusammengesetzte Geschäft des dare solvendi oder dotis causa. Durch das einfache dare zum Zweck der Zahlung oder Dosbestellung wird gezahlt oder eine Dos bestellt, durch das dare zum Zweck der Zahlung oder Dosbestellung wird, wenn mit diesem Mittel der Zweck einer Schenkung an die Frau verfolgt wird, geschenkt.

Und wie das dem Gläubiger gegenüber erfolgende dare solvendi causa dem Schuldner gegenüber zu verschiedenen Zwecken vorgenommen werden kann — donandi, credendi, solvendi causa —, nicht anders ist dies bei dem dare dotis causa. Der Vater, der in Erfüllung seiner Dotationspflicht die Dos bestellt, der Schuldner der Frau, der auf deren Anweisung die Dos bestellt und damit die Forderung der Frau tilgt, der Erbe, der infolge des ihm zu gunsten der Frau auferlegten legatum dotis dem Manne das Legierte als Dos gibt, handelt mit der dotis constitutio der Frau gegenüber solvendi causa; bei Bestellung einer dos recepticia wie bei Bestellung einer Dos von seiten des als negotiorum gestor oder als Mandatar der Frau Handelnden liegt gegenüber der Frau credendi causa vor; und wenn ein dritter Nichtverpflichteter mit dem Geben der Dos an den Mann den Zweck verfolgt, der Frau damit eine unentgeltliche Zuwendung zu machen, ob nullam aliam causam quam ut liberalitatem exerceat, so können wir den Schenkungscharakter nicht leugnen. Welchen Sinn sollte es auch sonst haben, wenn (l. un § 13 b C. de R. U. A. 5. 13) in Bezug auf den dosbestellenden extraneus der Unterschied zwischen dos recepticia und non recepticia dahin angegeben wird, dass er bei jener ius sibi servasse, bei dieser aber donasse videtur? Dort will er die Zuwendung nicht als definitive, sondern nur auf Zeit gegebene, hier gibt er ob liberalitatem zu dauerndem Behalten, ea mente ut nullo casu ad se reverti velit, und haec proprie donatio appellatur (l. 1. pr. de don. 39. 5).

Wer neben diesen allgemeinen Gründen einen Quellenbeweis dafür fordert, dass dem dare dotis causa, welches selbstverständlich dem dotis causa empfangenden Manne gegenüber nicht noch einen anderen Zweck verfolgen kann, doch gegenüber der Frau eine eigene causa zu Grunde liegt, und dass diese causa der in der Dosbestellung liegenden Zuwendung an die Frau so verschieden denkbar ist wie bei jeder anderen Vermögenszuwendung, wird, wenn er nicht von vorgefasster Meinung ausgeht, ihn in folgenden Stellen finden.

Die l. 33. de iure dot. 23. 3 lässt folgenden Gedankengang klar erkennen.

Es handelt sich um die Frage, ob der Mann, dem durch promissio eine Dos bestellt ist, deshalb haftet, weil er nicht rechtzeitig das Forderungsrecht geltend gemacht und infolge davon wegen eingetretener Insolvenz des Promittenten das Versprochene nicht erhalten hat. Ist dann viri oder mulieris periculum, d. h. wird bei Auflösung der Ehe der Mann so behandelt, als habe er das Versprochene erhalten, so dass er restituieren muss, oder trifft ihn diese Verpflichtung nicht, so dass die Frau nichts erhält? Ulpian unterscheidet mit Sabinus drei Fälle: 1. Hat der Vater infolge seiner gesetzlichen Verpflichtung promittiert, so meint zwar Julian — und diese Meinung beruht offenbar darauf, dass der Vater nicht ex voluntate, aus freiem Willen, schenkungshalber, sondern ex necessitate, auf Grund seiner Rechtspflicht gehandelt hat —, dass der Mann einen solchen Promittenten nicht zu schonen brauche und ihm deshalb das Nichteintreiben des Versprochenen zum Vorwurf gereiche und periculum ad maritum respicit; aber es ist das nach Ulpian nicht zu billigen, denn anständigerweise kann die Frau nicht Restitution der Dos fordern unter Berufung darauf, dass der Mann nicht unnachsichtig mit Klage gegen seinen Schwiegervater vorgegangen sei; und ebensowenig oder noch weniger kann die Frau, die selbst die Dos versprochen hat, solche Rückforderung damit begründen, dass der Mann sie nicht zur Zahlung gedrängt habe. In beiden Fällen liegt keine Schenkung vor: von seiten des Vaters nicht, weil er nicht freiwillig, sondern iure cogente, ex necessitate promittiert hat, von seiten der ex voluntate, freiwillig versprechenden Frau nicht, weil sie natürlich nicht sich selbst schenken kann; aber in beiden Fällen wäre es gegen alles Anstandsgefühl verstossend und würde der Richter der Frau nicht Gehör schenken, wenn sie dem Manne einen Vorwurf

daraus machen wollte, dass er nicht rücksichtslos ihren Vater oder sie selbst mit Klage belangt habe. — 2. Hat hingegen ein Schuldner der Frau auf deren Anweisung die Dos promittiert und insofern ex necessitate gehandelt, so liegt ein Grund zu einer Rücksichtnahme, wie sie dem Vater und der Frau gegenüber am Platze war, nicht vor: einen solchen Promittenten rechtzeitig in Anspruch zu nehmen war er verpflichtet, und wenn er das nicht gethan hat, so trifft ihn der Nachteil. — 3. Wenn endlich ein dritter Nichtverpflichteter ex voluntate, donaturus, dotem promisit, so ist das periculum non viri, sondern mulieris, cui adquiritur: nam si donavit, utcunque [utique] parcendum marito, qui eum non praecipitavit ad solutionem qui donaverat. Ob das sich anschliessende quemque in id quod facere posset, si convenisset, condemnaverat, den Sinn hat, dass dem aus der donandi causa erfolgten dotis promissio klagenden Manne das beneficium competentiae des Schenkers entgegengesetzt werden könne oder ob — mit mindestens auffallendem Wechsel des Subjekts des Satzes und der Klage — die Frau als Klägerin gedacht ist, mag dahin gestellt bleiben.[10]) Durch die letztere Annahme wird nicht beseitigt, dass die Frau die ihr in der Dosbestellung gemachte Zuwendung ex liberalitate hat und der Dosbesteller als einer, der ihr damit schenkt, bezeichnet wird. Ausgeschlossen scheint mir die Auffassung (Bechmann II. 244): der Promittent übe durch das Dosversprechen eine Liberalität gegen die Frau — Liberalität im Gegensatz zu Schenkung im eigentlichen Sinne, Bechmann II. 81. A. 4 —, und wie er durch das beneficium competentiae geschützt wäre, wenn er dieser Liberalität die Form der Schenkung — d. h. nach Bechmann der Schenkung im technischen Sinne — gegeben habe (also m. a. W. nicht eine Dos bestellt, sondern eine Schenkung an die Frau vorgenommen habe), so müsse die Frau auch die vom Manne geübte Schonung anerkennen. Nicht von einer Gegenüberstellung von Dosbestellung und Schenkung als verschiedenen selbständigen Akten ist die Rede und nicht davon, wie es sich verhalten würde, wenn der Promittent der Frau eine selbständige, reine Schenkung gemacht hätte, sondern davon, dass die der Dosbestellung zu Grunde liegende causa donandi diesen Einfluss hat. Wie bei der solvendi causa erfolgten Dosbestellung von seiten des Vaters die durch

[10]) Vgl. Bechmann II. S. 85. Czyhlarz S. 112.

das verwandtschaftliche Verhältnis gebotene Rücksicht gegen den Vater es ist, die den Mann wegen seines non praecipitare entschuldigt, so ist es bei der donandi causa erfolgten dotis promissio von seiten des nichtverpflichteten Dritten die durch die causa donandi gerechtfertigte Rücksichtnahme auf den Schenker, die den Mann als entschuldigt erscheinen lässt und als Grund für das utique parcendum marito hervorgehoben wird. Denn kann auch an sich das beneficium competentiae nur dem klagenden Beschenkten gegenüber geltend gemacht werden und ist auch der Mann nicht der Beschenkte, so kann doch die beschenkte Frau dem Manne nicht einen Vorwurf daraus machen, dass er den mit der dotis promissio ihr Schenkenden nicht sofort auf Erfüllung belangt, da sie doch selbst solchem Schenker gegenüber[11]) nicht so sich benehmen würde und könnte. Es handelt sich also immer um eine Schenkung der Dos und darum, dass die donationis causa durch die Dosbestellung realisiert, die Dosbestellung donandi causa vorgenommen wird.

Der Gegensatz der beiden Fälle, dass die Dosbestellung solvendi causa (von seiten des Vaters und des Schuldners der Frau) und dass sie donandi causa (von seiten des nichtverpflichteten extraneus) erfolgt, also die Anerkennung des Satzes, dass dem dotis causa vorgenommenen Versprechen an den Mann verschiedene causae in Rücksicht auf die Frau zu Grunde liegen können, und in diesem Sinne in der Annahme einer dotis constitutio solvendi und donandi causa, eines dare, welches dem Manne gegenüber dotis causa erfolgt, und eines dare dotis causa, welches der Frau gegenüber sich als solutio oder donatio charakterisiert, ein Widerspruch nicht liegt, ist nicht wegzubringen. Auch nicht durch die hier wiederkehrende Behauptung Bechmanns (II. 81. A. 4.), dass das mit dem ex voluntate als gleichbedeutend gebrauchte donare nicht die Schenkung im technischen Sinne, sondern nur die Liberalität bedeute. Denn in dieser Gegenüberstellung von solvendi und donandi causa dotem promittere ist das donare gar nicht anders aufzufassen denn als eine nullo iure cogente gemachte, beabsichtigt unentgeltliche Zuwendung in das Vermögen der Frau, welcher Zuwendung, wenn zwischen Besteller und Frau Überein-

[11]) Wenn etwa der Schenkungsvertrag zwischen ihr und dem Dritten so geschlossen wäre, dass dieser ihr ein Schenkungsversprechen dahin gibt, ihrem Manne eine Dos zu bestellen und sie daraus eine Klage auf Dosbestellung hätte.

stimmung hinsichtlich der causa donandi besteht, an den Erfordernissen der Schenkung im technischen Sinne nichts fehlt, und die eben nur die Besonderheit hat, dass es nicht eine Schenkung zu freiem Vermögen, sondern eine mit dem Doszweck verbundene Schenkung ist. Und selbst wenn man mit Bechmann Schenkung im technischen Sinne wegen Mangels der Bereicherung und der Acceptation der Frau leugnen wollte, so würde doch der Satz bleiben, um den es sich hier zunächst handelt: dass das dare dotis causa nicht in Widerspruch steht mit einer durch das dare dotis causa oder in der Gestalt der Doszuwendung verfolgten anderen causa, so wenig wie es in Widerspruch steht, dass mit dem dare solvendi causa an den Gläubiger des Schuldners von seiten eines Dritten von diesem ein weiterer Zweck verfolgt wird, sei es credendi causa, um als Mandatar oder negotiorum gestor den Schuldner zum Ersatze zu verpflichten, sei es donandi causa, um ihm eine unentgeltliche Zuwendung zu machen.

Wie in der l. 33 der Gegensatz der dotis promissio solvendi causa und donandi causa, so tritt in l. 43 pr. de admin. 26, 7 der Gegensatz von Dosbestellung credendi causa und donandi causa scharf hervor.

Ein Oheim hat als Kurator seiner Nichte deren Mann eine bestimmte Geldsumme als Dos versprochen; infolge später auftauchender Schulden stellt sich das Versprechen als über die Kräfte des Vermögens der Nichte gehend heraus. Hat der Kurator dies gethan in Kenntnis davon, dass das Vermögen der Nichte nicht soweit reicht, dann hat er, wenn er nicht dolos gehandelt und den Mann durch die Zusage einer grossen Dos beschwindelt hat und darum gegen die Klage des Mannes sich nicht schützen kann, entweder animo donandi gehandelt, um der Frau damit eine unentgeltliche Zuwendung zu machen, und muss dann natürlich leisten, ohne von der Frau etwas zurückfordern zu können, oder er hat negotii gerendi causa dem Manne die Dos versprochen, und dann ist ihm die Frau nach den Grundsätzen der negotiorum gestio ersatzpflichtig: habet mulierem obligatam et poterit dici etiam manente matrimonio eam teneri. Die causa der dotis constitutio ist also in dem Fall, wo der Kurator in Kenntnis von der Insuffizienz des Vermögens verspricht, entweder Schenkung oder negotiorum gestio: ersteres, wenn er damit der Frau eine unentgeltliche Zuwendung machen wollte, ob nullam aliam causam quam ut liberalitatem exerceat, letzteres, wenn er animo recipiendi, also credendi causa gehandelt hat. In beiden Fällen ist

der Frau in Gestalt der Dos eine Zuwendung gemacht (habet mulier dotem sic ut in collatione bonorum dicitur), und diese Zuwendung kann auf der causa donandi oder auf der causa credendi beruhen. Das dare dotis causa an den Mann schliesst mithin eine andere causa der in dem dare dotis causa liegenden Zuwendung an die Frau nicht aus. Die causa solvendi, credendi, donandi geben der Zuwendung, die dem Manne gegenüber dotis causa erfolgt, der Frau gegenüber den Charakter als Zahlung, Kreditierung, Schenkung.[12])

III.

Ist sonach die Behauptung Bechmanns, dass die donatio dotis causa oder die constitutio dotis donandi causa ein Widerspruch sei, wie aus allgemeinen Erwägungen so nach dem Zeugnisse der Quellen nicht zutreffend, so ist nunmehr weiter zu fragen, ob die von Bechmann (I. 212. II. 36) gegen den Schenkungscharakter der Dosbestellung geltend gemachten speziellen Gründe das bisher gewonnene Resultat zu erschüttern geeignet sind. Es soll nach ihm in der von einem Dritten unmittelbar dem Manne bestellten Dos zwar in der Regel eine Liberalität gegen die Frau liegen, an allen anderen Erfordernissen der Schenkung aber es schlechthin fehlen: an der Bereicherung der Frau und an der notwendigen Willenseinigung, dem Vertrag zwischen dem Besteller und der Frau.

---

[12]) Der weitere Inhalt der l. 43 § 1 interessiert hier nicht. Der Satz, dass der Kurator certe post divortium die actio negot. gest. contraria anstellen kann, hebt den anderen nicht auf, dass die Frau schon manente matrimonio aus der negotiorum gestio verpflichtet ist, also die Zuwendung in der Gestalt der Dos in das Vermögen der Frau gekommen ist, wie ja auch der Anspruch auf Kollation der Dos, mit dem der Anspruch aus der negotiorum gestio ausdrücklich verglichen wird (quia habet dotem sic ut in collatione bonorum dicitur), schon während der Ehe begründet ist. Die Ausführung von Bechmann I. 181 — die Haftung der Frau während der Ehe sei dem Juristen nicht ganz zweifellos und er vermöge sie nicht damit zu begründen, dass auch jetzt schon das Vermögen der Frau um ein bestimmtes Recht, um eine Forderung gegen den Mann vermehrt sei, sondern nur damit, dass die Frau eine Dos habe, die, wie sie Gegenstand der Kollation sei, so auch eine Ersatz-

Von diesen beiden Gründen mag zunächst der letztere geprüft werden: es fehle an der Willensübereinstimmung, an der Acceptation der Frau, und darum könne — also auch wenn der Besteller ihr gegenüber animo donandi handelt — von Schenkung nicht die Rede sein.

Schon von Scheurl (VI. 37 ff.) und von Czyhlarz (S. 66) ist hervorgehoben, dass nicht gesagt werden darf: in der Dosbestellung liegt deshalb keine Schenkung an die Frau, weil für die Schenkung Acceptation der Frau notwendig ist, die Dosbestellung aber eine Acceptation der Frau nicht erfordert; sondern vielmehr: ohne Acceptation des durch die Dosbestellung realisierten Schenkungswillens ist wohl Dos, nicht aber Schenkung vorhanden; wenn aber der Schenkungswille acceptiert ist, so ist die Frau durch die Dos beschenkt.

Ist die causa dotis in der oben ausgeführten Weise mit der causa donandi vereinbar, so handelt es sich eben um zwei causae, die ihre verschiedenen selbständigen Wege gehen: die eine kann gültig sein, die andere nicht, und das Vorliegen der Erfordernisse für die eine ersetzt nicht die Erfordernisse der anderen. Dies verkennt Bechmann, wenn er sagt: es könne zwar der Vertrag zwischen dem Besteller und der Frau vorhanden sein, aber es sei das ganz zufällig und gleichgültig, denn die Dos könne nicht bloss ohne die Zustimmung und Mitwirkung der Frau, sondern selbst gegen deren Willen bestellt werden (II. 212), und wenn er weiter meint: diejenigen, die in der Bestellung der Dos eine Schenkung an die Frau erblicken, müssten konsequent die Mitwirkung oder Genehmigung der letzteren zum Zwecke der Perfektion dieser Schenkung verlangen (II. S. 36). Diese Behauptung würde nur dann zutreffend sein, wenn in einem und demselben formalen Zuwendungsakt, dem dare oder promittere, sowohl die eine wie die andere causa als realisiert und mit dem Erreichen des einen Zwecks zugleich der andere als erreicht gedacht würde. Das ist aber eben nicht der Fall. Das juristische Mittel zur Erreichung der causa dotis ist das dare, das juristische Mittel zur Realisierung der damit gegenüber der Frau verfolgten causa donationis ist

---

forderung des Kurators zu rechtfertigen vermöge — scheint mir keine Widerlegung des Satzes, dass die Frau, um während der Ehe der actio negotiorum gestorum zu haften, während der Ehe in der Dos einen Bestandteil ihres Vermögens haben muss.

das dotis causa dare. Wie bei der Dosbestellung das juristische Mittel, das dare, Bestand haben kann, die damit verfolgte causa dotis aber von dem Vorliegen weiterer Voraussetzungen abhängt,[13]) so kann bei der in der Gestalt der Dos beabsichtigten Schenkung an die Frau das juristische Mittel der dotis constitutio Bestand haben, die mit diesem Mittel bezweckte Schenkung an die Frau aber nicht: wenn der Mann sich die Dos bestellen lässt, so ist die Dos vorhanden, da es für die dotis causa nur der Einwilligung des Mannes, nicht auch der Frau bedarf, hingegen die Existenz der Schenkung ist ausgeschlossen, wenn es an der hierfür erforderlichen Zustimmung der Frau zu der causa donandi fehlt. Wenn Bechmann von „Perfektion dieser Schenkung“ spricht und die gegenteilige Ansicht damit widerlegen zu können glaubt, dass nach ihr die Zustimmung der Frau hierzu für notwendig erklärt werden müsse, so konfundiert er beides.[14]) Er versteht unter „Perfektion dieser Schenkung“ die Perfektion der Dosbestellung, welche donandi causa vorgenommen ist: dazu, zur Existenz der Dos, bedarf es, ganz gleichgültig, auf welcher causa die Dosbestellung beruht, zweifellos der Mitwirkung und Einwilligung der Frau nicht, wie es bei einer donandi causa vorgenommenen Zahlung an den Gläubiger eines Dritten zur Gültigkeit der Zahlung und der Tilgung der Schuld nicht der Einwilligung des damit zu beschenkenden Dritten bedarf; hingegen die Perfektion derjenigen Schenkung, welche der Frau gegenüber durch die Dosbestellung bewirkt werden soll, hängt eben so zweifellos von der Zustimmung der Frau zu der causa donandi ab[15]) wie es zu der durch Schuldenzahlung bewirkten Schenkung

[13]) Z. B. wenn einem Sklaven des Mannes für diesen dotis causa Eigentum übertragen wird, so ist der Mann zwar durch seinen Sklaven Eigentümer geworden, aber als Dos hat er dieses Eigentum erst, wenn er seine Zustimmung zur causa dotis gibt l. 46. pr. de iure dot., l. 108 § 1 de leg. I.

[14]) Mit demselben Recht würde man sagen müssen: wer in der Zahlung an den Gläubiger eine Schenkung an den Schuldner sieht, muss zur Perfektion dieser Zahlung die Mitwirkung des Schuldners fordern.

[15]) In einer Richtung gehen natürlich die beiden causae den gleichen Weg. Kommt die causa dotis nicht zu stande, sei es, weil die Ehe nicht geschlossen wird, sei es weil der Mann die Annahme der Zuwendung als Dos ablehnt, so äussert trotz der Acceptation der Frau auch die causa donationis keine Wirkung, einfach deshalb, weil die schenkweise Zuwendung an die Frau nur (abgesehen von

erforderlich ist, dass der ohne seinen Willen liberierte Schuldner in die causa donandi einwilligt.[16])

Dass die Quellen, in denen überhaupt von Schenkungsannahme, weil sie regelmässig einem Zweifel nicht unterliegt, wenig die Rede ist, von der Acceptation der Frau bei der durch Dosbestellung erfolgenden Schenkung nicht sprechen, ist gerade hier am wenigsten verwunderlich. Selten wird die Frau von der von einem Dritten animo donandi für sie gegebenen Dos keine Kenntnis haben. Und wenn sie Zuwendung und Absicht kennt, so wird in ihrem Stillschweigen ohne Bedenken die Zustimmung zu dieser Absicht erblickt werden können.[17])

Freilich könnte ein Zweifel entstehen für den Fall, wenn die Frau Kenntnis von der Dos und ihrer causa erst nach dem Tode des Bestellers erlangt. Nach der Regel, wie sie in l. 2 § 6 de don. 39. 5 Anwendung gefunden hat, würde mit dem Tode die Schenkungsofferte erloschen sein und die Acceptation zu spät kommen. Aber gerade für diesen Fall ergeben die Quellen eine Abweichung von der Regel. In

---

dem Falle des in totum donare, l. 43 § 1 de iure dot. 23. 3) in der Gestalt der Dos gemacht werden soll, eine Schenkung aber ohne eine Zuwendung nicht möglich ist: es versagt dann eben das Mittel, durch welches die causa donandi erreicht werden soll. — Hingegen ob die Voraussetzungen der causa dotis und der causa donandi vorhanden sind, beurteilt sich selbständig aus der Natur der einen und der andern: für die Dos Acceptation des Mannes, für die Schenkung Acceptation der Frau.

[16]) Schliesst Bechmann: die Schenkung bedarf der Acceptation der Frau, die Dos nicht, folglich liegt in der die Acceptation der Frau nicht erfordernden Dosbestellung keine Schenkung an die Frau, so schliesst Meyerfeld (II. 83 f.) umgekehrt: da die Bestellung der Dos ohne Acceptation der Frau erfolgen kann, so bedarf die darin liegende Schenkung an die Frau keiner Acceptation. Das eine ist so unrichtig wie das andere, die Fehlerquelle ist die gleiche.

[17]) Vgl. Fragm. Vatic. 102. Dem Haussohne ist in Abwesenheit des Vaters eine Dos gegeben, in Anwesenheit des zurückgekehrten Vaters dauert die Ehe bis zum Tode des Sohnes fort: quod non contradixit pater, etiam dotis dationi consensisse videtur und haftet deshalb der actio rei uxoriae filii nomine. Ist hier der Nichtwiderspruch des wissenden Vaters als genügende Zustimmung bezeichnet, sogar um ihn als verpflichtet erscheinen zu lassen, so ist auch der Nichtwiderspruch der wissenden Frau gegen die der Dosbestellung zu Grunde liegende causa donandi genügende Zustimmung, um sie als beschenkt und berechtigt zu erachten. Vgl. auch l. 32 § 1 de don. 39. 5: species extra dotem a matre filiae nomine viro traditas

l. 9 § 1 de iure dot. 23. 3 wirft Ulpian die Frage auf, ob, wenn vor der Ehe Sachen dotis causa zu Eigentum gegeben sind und der Geber vor Eingehung der Ehe stirbt, der Mann Eigentümer sei. Er hat zunächst das Bedenken, dass bei der Übertragung des Eigentums zu dem Zwecke, ut res dotis efficiantur, die Zuwendung hinausgeschoben sei auf den Zeitpunkt der Eheschliessung und zu dieser Zeit das Eigentum nicht mehr dem Geber zustehe, sondern dessen Erben, dem es nicht gegen seinen Willen entzogen werden könne. Aber dieses Bedenken beseitigt Ulpian durch die Worte: sed benignius est favore dotium necessitatem imponi heredi consentire ei quod defunctus fecit. Wie nun der in der Dosbestellung liegende Wille des Gebers auch nach seinem Tode aufrecht erhalten wird und der Erbe diesem Willen nicht durch Verweigerung seiner Zustimmung zuwiderhandeln darf, ne maneat mulier indotata, so ist auch zu sagen, dass, wenn die Frau den in der Dosbestellung liegenden Schenkungswillen erst nach dem Tode des Schenkers erfährt und ausdrücklich oder stillschweigend acceptiert, diese Acceptation wirksam ist und der Erbe des Schenkers das quod defunctus fecit durch Duldung dieser nachträglichen Acceptation anerkennen muss.

Wie aber dann, wenn, was ja doch vorkommen kann, die Frau positiv erklärt, dass sie diese dotis causa erfolgte Zuwendung nicht als Schenkung annehme? [18])

Scheurl (Krit. V. Sch. VI. 38) denkt sich die Sache so: im Falle

---

filiae quae praesens fuit donatas et ab eo viro traditas videri. — Die Frau hat ebensoviel Interesse daran, dass sie eine Dos hat, wie der Mann, und wenn sie damit einverstanden ist, dass für sie eine Dos bestellt wird, so kann sie nicht anders als mit dem Grunde, auf dem die Bestellung beruht, einverstanden sein. Zwar finden sich bei den Alten mehrfach Aussprüche, dass es für die Männer besser sei, arme Frauen ohne Dos zu heiraten und lieber eine gut erzogene Frau ohne Dos als eine schlecht erzogene mit Dos zu nehmen, und dass dotatae mactant et malo et damno viros und den Männern grössern Aufwand verursachen (vgl. Plautus Aulul. v. 534. 478 squ., Ausg. Götz-Schöll; Diodorus, Fragm. com. Graec. coll. et disp. A. Meineke, vol. III. p. 546). Das ist aber die Anschauung der Mehrheit nicht gewesen, und die Digesten sprechen wiederholt davon, dass dem Manne nicht zugemutet werden könne, eine mulier indotata zu heiraten.

[18]) Dieselbe Frage wirft sich natürlich auch auf, wenn man die im vorstehenden angenommene Zulässigkeit der Acceptation des Schenkungswillens nach dem Tode des Dosbestellers nicht anerkennt. Die Antwort ist die gleiche.

eines solchen Protestes gegen seine Schenkungsabsicht könne der Besteller sich nun nachträglich Rückgabe ausbedingen, und wenn er das unterlasse, so sei ein stillschweigendes pactum de lucranda dote anzunehmen; ein solches sei nur dann unzulässig, wenn bereits dos mulieri acquisita sei, und das sei eben durch ihren Protest verhindert. Mit Recht hat sich Bechmann (II. 36) gegen diese Konstruktion erklärt. Es lässt sich nicht halten, dass in dem Unterlassen der stipulatio de reddenda dote ein Vertrag zwischen dem Besteller und dem Mann erblickt wird des Inhalts, es solle nun bei Auflösung der Ehe dem Manne die Dos verbleiben; und ebensowenig ist es zutreffend, dass das dos mulieri acquisita est durch den Protest der Frau gegen die Schenkungsabsicht verhindert werde. Aber andrerseits kann der Einwand Bechmanns, dass nach der Auffassung Scheurls ein späterer Protest entweder wirkungslos sein oder die Frage, ob dos mulieri acquisita est, bis zur Erklärung der Frau in pendenti bleiben müsse, den Satz nicht beseitigen, dass die Frage, ob eine perfekte Schenkung an die Frau vorliegt, nicht entschieden ist mit der Antwort auf die Frage, ob eine Dos besteht. Gewiss tritt die Wirkung, die in den Quellen mit der Wendung dos mulieri acquisita est bezeichnet wird, von Rechts wegen ein, sobald nur die Voraussetzungen des Dotalgeschäfts vorhanden sind, und ein Protest hiergegen, vor oder nach der Dosbestellung, ist wirkungslos, und das dos mulieri acquisita est ist, wie es nicht gehindert wird durch sofortigen Protest, so bei nicht sofortigem Protest nicht in der Schwebe bis zur Entscheidung der Frau. Aber ob dieser acquisitio der Frau eine rechtsgültige causa zu Grunde liegt, oder ob die mit dieser Zuwendung bezweckte Schenkung wegen Protestes der Frau gegen die causa donandi ungültig und mithin der Erwerb für die Frau sine causa ist, das ist, sofern sie sofort protestiert, sofort entschieden, und bei nicht sofortigem Protest so lange in pendenti, bis die Frau sich über die Acceptation der Schenkungscausa entscheidet.

Die Antwort auf die Frage, welche Bedeutung für die schenkweise Dosbestellung die Nichtacceptation der Schenkungscausa von seiten der Frau hat, hat demnach dahin zu lauten: auch ohne die Acceptation der Frau ist die Dos gültig bestellt, sobald der Mann die Zuwendung als Dos angenommen hat und die Ehe geschlossen ist, ganz so wie bei schenkweiser Zahlung einer Schuld an den Gläubiger des Schuldners der letztere auch ohne Zustimmung zu dem animus donandi von seiner Schuld

frei wird. Der Mann hat alle aus dem Dotalverhältnisse sich ergebenden Rechte und Pflichten: er ist Eigentümer, er hat die Fruchtziehung, er lucrirt eine dos adventicia beim Tode der Frau, er haftet für culpa, er darf einen fundus dotalis nicht veräussern. Denn für seine Rechtsstellung kommt es nur darauf an, dass ihm dotis causa gegeben ist, die causa der dotis constitutio ist für ihn gleichgültig. Und ebenso hat ganz unabhängig von der causa die Frau die Stellung einer uxor dotata und die daraus sich ergebenden Rechte (z. B. das Recht, bei Verschleuderung die Herausgabe während der Ehe zu fordern, die durch Dotalgrundstücke bewirkte Kautionsfreiheit), weil die Wirkungen der Dos als solcher unabhängig sind von der ihrer Bestellung zu Grunde liegenden causa. Aber darum, weil das zur Realisierung der Schenkungsabsicht benutzte Mittel der Dosbestellung seine vollen Wirkungen äussert, liegt nicht eine perfekte Schenkung an die Frau vor, so wenig wie die wirksame Liberierung des Schuldners durch die von einem Dritten animo donandi vorgenommene Zahlung an den Gläubiger ohne die Acceptation des animus donandi von seiten des Schuldners eine perfekte Schenkung hervorbringt. Während der Ehe macht sich der Umstand, dass eine gültige Schenkung nicht zu stande gekommen ist, nicht geltend, weil es sich eben nicht um ein einfaches dare donandi causa handelt, dem mit der causa donandi jede causa fehlen würde, sondern um ein dare dotis causa zur Erreichung des weiteren Zweckes der Schenkung, so dass trotz Ungültigkeit der causa donandi die Zuwendung von der dotis causa getragen und gehalten wird. Es kann daher keine Rede davon sein, dass der Besteller unter Berufung auf die Nichtacceptation der causa donandi mit einer condictio sine causa die Rückgabe des dotis causa Zugewandten verlangen könnte. Selbst wenn eine gültige Schenkung vorläge, würde doch während der Ehe die causa donationis überwogen und zurückgedrängt werden durch die causa dotis, weshalb z. B. eine revocatio donationis propter ingratitudinem während der Ehe ausgeschlossen ist (l. 69 § 6 de iure dot.). Aber nach Auflösung der Ehe, wenn das Zugewandte aufhört als Dos den Ehezwecken zu dienen, macht sich der auf der Nichtacceptation der Schenkungsabsicht beruhende Mangel einer wirksamen causa geltend. Wie bei perfekt gewordener Schenkung jetzt der Schenkungscharakter rein hervortreten und die Anwendung von Schenkungsgrundsätzen Platz greifen würde, z. B. eine revocatio propter ingratitudinem als die Dotal-

rechte nicht mehr berührend zulässig wäre,[19]) so hat bei Ungültigkeit der causa donationis die Frau die Zuwendung, die während der Ehe mulieri acquisita dos, jetzt sine causa, und der Besteller kann dieselbe aus diesem Grunde kondizieren: hat auch nach Dotalgrundsätzen die Frau im Falle des Todes des Mannes oder der Scheidung die actio rei uxoriae, so ist doch diese Klage ohne rechtfertigenden Grund in ihrem Vermögen und der Besteller kann deren Zession mit der condictio sine causa fordern.

Der Bemerkung Bechmanns, die er gegen die Auffassung von Scheurl einwendet — die Konsequenz verlange, dass man alsdann, bei sofortigem Protest der Frau, die ganze Bestellung der Dos als vereitelt ansehen und dem Besteller demnach die condictio sine causa einräumen müsste — kann ich danach bis auf den Punkt, dass „die ganze Dosbestellung vereitelt sei", zustimmen. Nicht die Dosbestellung ist vereitelt, denn das dare dotis causa hat seine selbständige, von dem weiteren damit verfolgten Zwecke unabhängige Bedeutung; aber die durch die Dosbestellung bezweckte Schenkung ist vereitelt: jene ist gültig ohne Zustimmung der Frau, diese nicht, die dotis causa ist wirksam, die donationis causa nicht, und darum ist, wenn bei Auflösung der Ehe die donationis causa in Betracht kommt und es sich um das ausschliessliche, durch den Dotalzweck nicht beschränkte Recht der Frau handelt, die schenkweis gemachte Zuwendung sine causa im Vermögen der Frau. Das ist die durch das vorher Ausgeführte gerechtfertigte Konsequenz, die nicht anzuerkennen kein Grund vorliegt.

IV.

Kann sonach nicht zugegeben werden, dass in der animo donandi von seiten eines Dritten erfolgten Dosbestellung darum keine Schenkung an die Frau liege, weil es an der notwendigen Willensübereinstimmung fehle, sondern muss statt dessen gesagt werden, dass beim Fehlen dieser Übereinstimmung über die causa donandi die Perfektion der Schenkung gehindert wird, und kann mithin beim Vorhandensein der Übereinstim-

[19]) Vgl. unten Anm. 57.

mung Schenkung nur dann geleugnet werden, wenn es an einer anderen Voraussetzung derselben fehlt, so fragt es sich nunmehr, ob der weitere von Bechmann gegen die Möglichkeit der Schenkung durch Dosbestellung geltend gemachte Grund, dass es hier an dem Erfordernis der Bereicherung der Frau fehle, haltbar ist.

Gegen das gelegentlich (II. S. 36 Anm.) von Bechmann benutzte Argument, dass eine Bereicherung der dotierten Frau darum nicht anerkannt werden könne, weil sonst der Gewalthaber nicht für seine Tochter eine dos profecticia bestellen könne, indem eine Bereicherung derselben aus dem Vermögen des Gewalthabers unmöglich sei, hat bereits Czyhlarz (S. 68 Anm. 10) mit Recht auf l. 35. fam. erc. 10. 2 (fragm. Vat. 258) hingewiesen. Des Erwerbs der Dos aus dem Vermögen des Gewalthabers ist die Tochter darum fähig, weil es sich hier nicht um einen Erwerb handelt, der in ihr freies, ungebundenes Vermögen fällt, sondern um einen solchen, der den Ehezwecken in der Gestalt der Dos dient, ein Unterschied, der nach fragm. Vat. 269 auch bewirkt, dass im Falle der schenkweise erfolgten Dosbestellung von seiten der Mutter für die Haustochter das im Falle einer gewöhnlichen Schenkung Platz greifende Verbot der Schenkung unter Ehegatten keine Anwendung findet.

Die Begründung seiner Ansicht sieht Bechmann (I. 212 ff.) hauptsächlich in folgendem:

Allerdings habe die Frau Vorteile von der Dos und insofern gehöre sie ihr sogar, aber die Dotalobjekte gingen nicht in ihr, sondern ausschliesslich in des Mannes Vermögen über; wolle man gleichwohl eine Schenkung an die Frau annehmen, so müsste man sich das Verhältnis so denken, dass der Besteller zunächst die Dotalobjekte der Frau anbietet und dann im Auftrage derselben an den Mann leistet, man müsste also in jeder Bestellung der Dos seitens eines Dritten eine Art brevi manu solutio erblicken.

Dass eine solche Konstruktion nicht zulässig ist — ebensowenig wie wenn man jede Schuldenzahlung donandi causa in dieser Weise auffassen wollte —, wird von niemand bestritten werden, wohl aber ist zu bestreiten, dass nur unter Voraussetzung dieser Konstruktion Zuwendung und Schenkung an die Frau denkbar sei. Einer solchen Konstruktion bedarf es keineswegs. Die Frage ist vielmehr die: liegt darin, dass Vermögensobjekte dotis causa unmittelbar in das Vermögen des Mannes

gebracht werden, zugleich eine Zuwendung an die Frau, wie darin, dass dem Gläubiger von einem Dritten gezahlt wird, eine Zuwendung an den Schuldner liegt? Ist diese Frage zu bejahen, so ist damit das von Bechmann vermisste Erfordernis gegeben.

Es handelt sich dabei um die alte Kontroverse, welches die rechtliche Stellung der Frau in Bezug auf die Dos ist, die die römischen Juristen mit den Wendungen dos in bonis mulieris est, mulieri aquiritur, mulieris est u. ä. bezeichnen. Eine erschöpfende Erörterung dieser Streitfrage ist hier nicht am Platze, es genügt, wenn festgestellt wird, dass, wie man auch das rechtliche Verhältnis der Frau auffassen und benennen mag, durch die Dosbestellung jedenfalls ein Vermögenserwerb nicht bloss für den Mann, sondern auch für die Frau herbeigeführt wird, ein Erwerb, der darum, weil er beim Manne eine andere rechtliche Natur hat als bei der Frau, für letztere nicht in Abrede gestellt werden kann.

Vielfach wird angenommen, die Frau erscheine als berechtigt nur mit Rücksicht auf den bei Auflösung der Ehe ihr zustehenden Anspruch auf Restitution, und man streitet hauptsächlich darüber, ob die Frau während der Ehe ein bedingtes Forderungsrecht habe, oder ob die Klage erst durch die Auflösung der Ehe zur Existenz komme und während der Ehe nur eine Aussicht auf künftigen Erwerb der Klage, eine spes quandoque recipiendae dotis, ein blosses Keimrecht vorhanden sei.[20])

Bechmann, der die letztere Ansicht vor allen vertritt, und gerade diese Wirkung der Dosbestellung — dass für die Frau die objektiv begründete und eben deshalb unentziehbare spes geschaffen sei, die sich im Falle der Ehetrennung zu einer förmlichen Obligation entwickele — durch die Wendungen dos mulieri aquisita est u. s. w. ausgedrückt findet,[21]) geht (I. 212 ff.) davon aus: es sei wohl allgemein anerkannt, dass während der Ehe die Frau durch die Dos nicht als beschenkt gelten könne, vielmehr werde die Schenkung erblickt in der actio de dote, deren Verschaffung durch die Dosbestellung ihr Vermögen unentgeltlich vermehre. Gegen diese die Bereicherung der Frau in das Zustehen der actio de dote verlegende Ansicht wendet nun Bechmann ein, dass hierin

[20]) Vgl. Czyhlarz S. 213. Bechmann I. 188, II. 149.

[21]) Vgl. auch Meyerfeld II. 39 fl. A. 14 S. 41 fl.

ein zur Annahme einer Schenkung genügender Vermögenserwerb nicht zu erblicken sei, denn diese Klage sei die rechtlich notwendige Folge der Ehetrennung und mithin beruhe ihr Erwerb nicht unmittelbar auf dem Willen des Gebenden, noch gehe sie aus seinem Vermögen in das der Frau über: zwar könne die Klage nicht entstehen, wenn nicht eine Dos vorhanden wäre, aber damit sei eben nur die Möglichkeit der Entstehung gegeben, die wirkliche Entstehung dagegen beruhe auf Thatsachen, die vom Willen des Gebers vollkommen unabhängig seien. Zur Entkräftung dieses letzteren Arguments, wonach es keine Zuwendung wäre, wenn der Erfolg der eine Zuwendung bezweckenden Handlung nicht unmittelbar auf dieser beruht, genügt wohl die Berufung darauf, dass, was Bechmann (II. 123) selbst anerkennt, eine Zuwendung an den Mann dotis causa dadurch erfolgen kann, dass der Ersteingesetzte zu gunsten des substituierten Mannes die Erbschaft dotis causa ausschlägt.[22]) Auch hier ist die wirkliche Entstehung der Vermögensvermehrung nicht die unmittelbare Folge des Ausschlagens der Erbschaft, sondern setzt deren Antritt seitens des Mannes voraus und beruht mithin auf einer Thatsache, die vom Willen des Gebers unabhängig ist; und trotzdem ist, wenn infolge des Eintritts dieser Thatsache der Erwerb gemacht wird, eine auf dem Willen des Gebers beruhende, seinen Dotierungswillen realisierende und durch den Konsens beider Teile über die causa dotis charakterisierte Zuwendung vorhanden.

Aber zugegeben, dass die actio de dote nicht sofort mit der Bestellung der Dos im Vermögen der Frau ist, und selbst angenommen, dass dies auf dem von Bechmann geltend gemachten Grunde beruht, so nimmt doch Bechmann (II. 149) an, dass die einfache Bestellung der Dos, ohne Rücksicht auf die weiteren Schicksale derselben während der Ehe, also einerlei, ob die Dos auch noch bei Auflösung der Ehe vorhanden ist, die genügende Voraussetzung für die Entstehung der Restitutionspflicht ist, und dadurch für die Frau die objektiv begründete und eben deshalb unentziehbare spes quandoque recipiendae dotis geschaffen

---

[22]) L. 14 § 3 de fundo dot. 23. 5: si fundum legatum sibi dotis causa mulier repudiaverit vel etiam substituto viro omiserit hereditatem vel legatum, erit fundus dotalis. Die l. 5 § 5 de iure dot. 23. 3 leugnet nicht, dass in diesem Falle eine Dos, sondern nur, dass eine dos profecticia vorliegt.

wird. Diese objektiv begründete und unentziehbare spes ist aber doch nicht anders denn als ein Vermögensbestandteil, als eine Bereicherung des Vermögens der Frau zu charakterisieren, wie ja auch Bechmann das dos mulieri aquisita est u. s. w. als gerade den Erwerb dieser spes ausdrückend ansieht: hat die Frau hinsichtlich der Dos nichts anderes als diese spes und wird von der Dos gesagt, dass sie der Frau erworben und in bonis mulieris sei, und sind mit diesem in bonis mulieris praktische vermögensrechtliche Konsequenzen verbunden, so ist ihr eben in dieser spes ein Vermögenserwerb verschafft.[23]) Die Begründung und Zuwendung dieser spes aber beruht jedenfalls unmittelbar auf dem Willen des Gebers, nicht auf anderen von diesem unabhängigen Thatsachen: der gegen die Annahme einer Bereicherung durch Verschaffen der actio de dote von Bechmann geltend gemachte Grund trifft hinsichtlich der unmittelbar durch die Dosbestellung erzeugten, die Vermehrung des Vermögens der Frau bewirkenden spes nicht zu, so dass die Thatsache der Bereicherung der Frau durch die Bestellung der Dos auch vom Standpunkte Bechmanns aus nicht geleugnet werden kann. Und so nimmt denn auch Czyhlarz (I. 67), — der der Ansicht Bechmanns, dass erst mit der Auflösung der Ehe eine Dotalobligation entstehe und während der Ehe nur eine rechtliche Anwartschaft auf eine solche vorhanden sei, vom historischen wie dogmatischen Standpunkte voll zustimmt (S. 212 ff.), — keinen Anstand, in dieser Anwartschaft auf dereinstige Restitution eine Bereicherung der Frau und eine genügende Grundlage für die Schenkung zu sehen; und zwar ganz unabhängig davon, ob diese Möglichkeit später auch zur Wirklichkeit wird, indem eine Vereitelung der Anwartschaft auf den Schenkungscharakter ebensowenig Einfluss habe, als dieser sonst durch den späteren Wegfall der Bereicherung alteriert werde, wie auch Bechmann (I. 206) in Bezug auf die Frage, ob in der Dosbestellung eine Schenkung an den Mann liege, sagt, dass durch eine auf Grund eines späteren Ereignisses eintretende Restitutionspflicht des Mannes der Charakter der Schenkung nicht aufgehoben würde, wenn er abgesehen davon vorhanden wäre.[24])

[23]) L. 14 quae in fraud. cred. 42. 8: Die Frau, deren Vater creditorum fraudandorum causa für sie eine Dos bestellt hat, haftet, ut cedat actione de dote adversus maritum.

[24]) Zu den Gründen, die für eine Bereicherung der Frau durch die Dos sprechen,

Besteht aber das Recht und die Bereicherung der Frau wirklich nur in der spes quandoque recipiendae dotis und ist nichts anderes als diese spes mit dem dos mulieris est ausgedrückt? Äussert das Haben der Dos seitens der Frau nicht auch sonstige Wirkungen, die erkennen lassen, dass die Dos ein Bestandteil ihres Vermögens ist?

Die alte, von der historischen Entwicklung absehende, nur die dogmatische Seite ins Auge fassende Formulierung des rechtlichen Verhältnisses des Mannes und der Frau zur Dos geht dahin, dass während der Ehe der Mann zwar formell ausschliesslich und jedenfalls in erster Linie berechtigt ist, während materiell dieses sein Recht nur der vollständigen Realisierung des Zweckes der Dos dient und der Mann mehr als Verwalter mit bedeutenden Machtbefugnissen zu erachten ist,[25]) die Frau aber in der Dos materiell ein in den Händen des Mannes befindliches Frauenvermögen hat, welches, soweit nicht der Dotalzweck und die vorwiegenden Rechte des Mannes Beschränkungen begründen, auch für die Frau schon während der Ehe Rechtswirkungen äussert.

Eine technische präzise Bezeichnung für dieses Rechtsverhältnis der Frau haben die Römer nicht gefunden, denn die Wendungen dos in bonis mulieris est, dos mulieri aquiritur u. ä. drücken eben die rechtliche Natur dieses im Vermögen Seins und dieses Erwerbs nicht genügend aus. Das in bonis esse und das dotem habere wird ebenso vom Manne wie von der Frau gesagt, obgleich die rechtliche Stellung des Mannes und der Frau eine ganz verschiedene ist, beides also für den einen etwas

---

kann hinzugefügt werden: wie durch den Nachweis, dass eine Bereicherung vorliegt, der Schenkungscharakter bewiesen wird, indem dann beim Vorhandensein der Übereinstimmung der Frau mit der causa donandi alle Voraussetzungen einer Schenkung vorliegen, so wird andrerseits durch den Nachweis, dass die Dosbestellung als Schenkung bezeichnet und Schenkungsgrundsätzen unterworfen wird, bewiesen, dass in der Dosbestellung eine Bereicherung liegt, da ohne Bereicherung eine Schenkung nicht denkbar ist.

[25]) Vgl. z. B. Scheurl, Krit. V. Schr. XI. 110. Wendt, Pand. § 301, auch Czyhlarz S. 52 ff. Es liesse sich etwa auf die Stellung des tutor Bezug nehmen, der ursprünglich loco paene domini est. So wird die für die possessores fundi bestehende Freiheit von der Kautionspflicht wie für Mann und Frau beim Dotalgrundstück so für Tutor und Mündel beim Mündelgrundstück anerkannt, l. 15 § 3. 5 qui satisd. cog. 2. 8.

ganz anderes bedeutet als für die andere.[26]) An Stelle dieser mangelhaften Ausdrücke bessere zu setzen, ist uns nicht gelungen. Aber jene Wendungen ‚in bonis mulieris, res uxoria, patrimonium uxoris' bedeuten doch bei aller Ungenauigkeit zweifellos ein Zugehören der Dos zum Vermögen der Frau: wie der Mann zwar formell berechtigt ist und in der Form des ausschliesslichen Eigentums die Verwaltung und den Genuss hat, aber doch das, was er als Dos in seinem Vermögen hat, ein anders gearteter Bestandteil seines Vermögens ist als sein übriges Vermögen,[27]) so hat die Frau in der Dos einen Bestandteil ihres Vermögens, welcher als res uxoria in der Hand des Mannes durch seine Gebundenheit für die Dotalzwecke von ihrem übrigen Vermögen verschieden, aber doch eben Frauenvermögen ist. Wenn die Dos in bonis mariti wie in bonis mulieris und damit ein Bestandteil des Vermögens beider ist, obgleich in rechtlich verschiedener Weise, so ist sie doch ein Bestandteil ihres Vermögens, der sich von dem sonstigen Vermögen gleichmässig dadurch unterscheidet, dass er die ökonomische Grundlage der Ehe bildet und durch diesen Zweck gebunden ist; für die Frau ist es ein Bestandteil ihres Vermögens, den sie den Zwecken der Ehe dienen lassen muss in der Gestalt, dass der Mann die formelle Herrschaft darüber hat, für den Mann ist es ein Bestandteil seines Vermögens, den er als formell Berechtigter hat, den er aber nicht kraft dieses formellen Rechts seiner Bestimmung entziehen darf. Wenn in l. 33 de iure dot. 23. 3 auf die Frage, wer das periculum zu tragen habe da, wo alius scilicet donaturus dotem promisit, und der Mann infolge nicht rechtzeitiger Eintreibung des Versprochenen von dem insolvent gewordenen Promittenten nichts erhält, die Antwort dahin gegeben wird: eius periculo est cui adquiritur, adquiri autem mulieri accipiemus, ad quam rei commodum respicit, so ist damit

---

[26]) So z. B. das dotem habere vom Manne in l. 25 § 1 quae in fraud. cred. 42. 8. So bedeutet auch die Wendung spes quandoque recipiendae dotis anderes für den Vater als für die Tochter, l. 71 de evict. 21. 2. Vgl. unten S. 41 bei Anm. 43.

[27]) Wenn in verschiedenen Stellen, z. B. l. 24 § 5 sol. matr. 24. 3, l. 24 de act. rerum amot. 25. 2. die servi viri und servi dotales geschieden und die letzteren sogar als servi alieni bezeichnet werden, so liegt darin freilich zweifellos kein Beweis dafür, dass der Mann nicht Eigentümer derselben ist, wohl aber dafür, dass die Dotalobjekte einen von seinem übrigen Vermögen verschiedenen Bestandteil desselben bilden.

deutlich zum Ausdruck gebracht, dass die Dos mehr der Frau als dem Manne gehörig erachtet wird: das formelle Recht des Mannes hindert nicht, dass die Frau es ist, die das commodum und darum auch das periculum dotis hat. Und die Behandlung des vom servus dotalis gemachten Erwerbes lässt gleichfalls erkennen, dass der Mann trotz seines Eigentums materiell mehr die Stellung eines Niessbrauchers hat. Denn es gilt hier das gleiche wie hinsichtlich des servus fructuarius: der Mann erwirbt ex re sua und ex operis servi, der Erwerb ex aliis causis ist nur ein formeller, den er der Frau restituieren muss; in Bezug auf die Erbeinsetzung des servus dotalis wird in derselben Weise wie bei der des servus fructuarius unterschieden, ob sie respectu mariti oder mulieris erfolgt. (L. 45 pr. § 1 de adquir. v. omitt. hered. 29. 2, l. 65 de iure dot. 23. 3, l. 19 § 1 de pecul. 15. 1, l. 21. 22 de usufr. 7. 1).[28])

Die Scheidung des Vermögens der Frau in Dos und andere Güter tritt auch klar hervor in l. 16 und l. 22 de relig. 11. 7.[29]) Nach der ersten Stelle ist die actio funeraria auf Ersatz der Kosten der Beerdigung der Frau gegen denjenigen begründet, an den die Dos beim Tode der Frau fällt, weil es aequissimum visum est veteribus mulieres quasi de patrimoniis suis ita de dotibus funerari; darum soll der die Dos Lucrierende, also derjenige, der beim Nichtversterben der Frau in der Ehe das alsdann der Frau verbleibende Vermögen nicht erworben haben würde, in funus conferre; und von seiten des Mannes wird lucriert und ist mithin das

---

[28]) Vgl. auch l. 71 § 3 de cond. et dem. 35. 1: Das legatum dotis gereicht in erster Linie der Frau zum Vorteil, quae dotem habere incipit; aber non tantum mulieri, sed Titio quoque (dem Manne) consultum videtur: die Frau kann, obgleich sie in erster Linie berechtigt ist, die Auszahlung des ihr vermachten Geldes nicht anders verlangen als dass es Dos wird, und dem Manne kann es trotz Widerspruchs der Frau gültig als Dos ausgezahlt werden, indem die Frau das ihr zugewandte emolumentum eben dadurch erhält, dass sie nunmehr dotiert ist. — L. 51 § 2 de a. e. v. 19. 1: Die Frau enthält sich der Erbschaft ihres Vaters, contenta dote, sie hat in der Dos eine Zuwendung, die sie auf die väterliche Erbschaft verzichten lässt. — L. 25 § 1 quae in fraud. cred. 42. 8: Der Mann haftet der actio Pauliana nur bei scientia, die Frau auch ohne scientia, quia intellegitur — quid ad eam pervenisse.

[29]) Diese Scheidung liegt doch auch der Bezeichnung der Frau als uxor inops et indotata zu Grunde: es ist eine Frau, die weder eine Dos noch sonstiges Vermögen hat.

andernfalls der Frau Verbleibende dasjenige, was der mit der actio de dote belangte Mann der Frau herausgeben müsste (l. 27 § 2 eod.). Und noch deutlicher sagt l. 22 eod.: quotiens mulier decedit, ex dote, quae apud virum remanet, et ceteris mulieris bonis pro portione funeranda est. Wenn also die Frauen zu beerdigen sind de patrimoniis suis und de dotibus, ex dote et ceteris mulieris bonis, so besteht eben das Gesamtvermögen der Frau aus zwei Bestandteilen, dos und sonstigem Vermögen, und die Verteilung der Kosten der Beerdigung auf die verschiedenen Personen, an welche diese Bestandteile fallen, Mann oder Vater und Erbe der Frau, erfolgt nach der Grösse dieser Bestandteile: veluti si in dotem centum sint, in hereditate ducenta, duas partes heres, unam vir conferet (l. 23 eod.).

Wenn ferner Paulus nach l. 21. § 4 ad municip. 50. 1 ein Gutachten dahin abgegeben hat, dass die Dos, obgleich sie während der Ehe in bonis mariti sei, doch bei der Berechnung der Grösse des Vermögens des Mannes nicht mitberechnet, also nicht zum Vermögen desselben gehörig erachtet werde, wenn die onera municipalia patrimonialia a certo modo substantiae auferlegt werden, so ist eben trotz des formellen Rechts des Mannes die Dos der Substanz nach nicht ihm gehörig; sie ist materiell nicht Bestandteil des Vermögens des Mannes, sondern der Frau. Und wenn in l. 4. C. ne uxor pro marito 4. 12 von dem Vermögen der Frau, welches der Vater ihr extra dotis causam gegeben hat, gesagt wird, dass dasselbe munerum municipalium obtentu nicht in Anspruch genommen werden könne, so ergibt sich im Zusammenhalt mit l. 21. § 4. D. cit., dass wie die Dos, so auch das übrige der dotis causa nicht unterliegende Vermögen der Frau nicht für die auf dem Vermögen des Mannes ruhenden Lasten in Betracht kommt, dass also das Vermögen der Frau diese beiden Bestandteile umfasst, wenn auch der eine formell in bonis mariti ist.

Und das gleiche ergibt sich aus l. 4. C. in quib. caus. pign. 8. 14. Während nach l. 1. C. de privil. fisci 7. 73 wegen Primipilarschulden des Mannes die der Frau eigentümlich gehörigen Sachen nicht vom Fiskus in Anspruch genommen werden können, findet nach l. 4. C. cit. eine Pfandhaftung desjenigen Vermögens der Frau statt, welches Dos ist: bona earum in dotem data, quae nuptae sunt, teneri, aber doch nicht schlechthin so wie das Vermögen des Mannes haftet, verum certo ordine,

ut scilicet tunc demum ad hoc mulieris patrimonium periculum respiciat, si universis viri facultatibus exhaustis nihil residuum inveniatur. Der Gegensatz der facultates viri und des patrimonium mulieris, welches Dos ist, und wieder des Vermögens der Frau, welches nicht Dos ist, tritt mit voller Schärfe hervor. Dass die materiell zum Vermögen der Frau gehörende Dos doch, wenn auch in subsidium, für die Primipilarschulden des Mannes haftet, beruht auf dem Privilegium des Fiskus, der nach dem Vermögen des Mannes auch das der Frau, nur nicht in vollem Umfange, sondern bloss soweit es Dos ist, in Anspruch nimmt, wie auch das Vermögen der Kinder des primipilaris nach l. ult. C. de primip. 12. 62, obgleich sie nicht Erben ihres Vaters geworden sind, dem Fiskus haftet.

Das Gewicht dieser Stellen kann nicht vermindert werden durch die Berufung auf den Gegensatz von publicatio dotis und einfacher Konfiskation des Vermögens der Frau, welche die Dos nicht ergreift.[30]) In beiden Fällen handelt es sich um eine Strafe für ein Verbrechen der Frau: in dem einen Fall erfasst die Strafe nur denjenigen Bestandteil des Vermögens der Frau, welcher Dos ist, in dem anderen nur denjenigen, der nicht Dos ist. Bei der publicatio dotis verliert die Frau nicht bloss ihr eventuelles Forderungsrecht, ihre spes quandoque recipiendae dotis, sie hat einfach keine Dos mehr, ein Verlust, der weder durch das formelle Eigentumsrecht noch durch das Genussrecht des Mannes verhindert wird; daher ist die actio de dote vollständig ausgeschlossen, und wenn die Publikation erst post acceptum iudicium de dote erfolgt, expirabit iudicium (l. 24. § 7. sol. matr. 24. 3), und darum ist auch ein Lucrieren der Dos von seiten des Mannes nicht möglich. Dass die einfache Konfiskation des Vermögens der Frau sich nicht mit auf die Doserstreckt, hat nicht, wie Bechmann (S. 411) annimmt, seinen Grund darin, dass die Dos zum Vermögen des Mannes gehört — wie könnte sonst wegen eines Verbrechens der Frau die Dos durch publicatio dotis dem Manne genommen werden! —, sondern darin, dass bei solcher Konfiskation die Frau, quia prius serva poenae efficitur, als quasi mortua betrachtet wird, und dass es darum da, wo das Gesetz nicht ausdrücklich dotem publicat, verum est dotem lucro mariti cedere (l. 5. pr. de bonis damn. 48. 20):

[30]) Vgl. darüber Bechmann II. 410 f. Czyhlarz S. 505 f.

ohne publicatio dotis hört die Dos, die als den Ehezwecken dienend eine andere Stellung einnimmt als das sonstige Vermögen der Frau, zu existieren nicht auf, und deshalb gilt, wenn die Frau rechtlich quasi mortua est, von der Dos dasselbe, wie wenn die Frau wirklich gestorben ist. Um Vermögen der Frau, das wegen ihres Verbrechens zu ihrer Bestrafung ihr genommen wird, handelt es sich in dem einen wie dem anderen Fall.

Lässt sich schon nach diesen Quellenzeugnissen nicht verkennen, dass die Dos trotz des formellen in bonis mariti Seins doch auch in bonis mulieris ist und dieses Zugehören zum Vermögen der Frau in manchen Richtungen ein intensiveres ist als das Zugehören zum Vermögen des Mannes,[31]) und dass mithin in der Bestellung der Dos auch eine Zuwendung an die Frau liegt und zwar eine Zuwendung, die nicht in einer bloss bedingten Forderung oder einer spes quandoque recipiendae dotis besteht,[32]) so tritt uns dieser Gedanke noch weiter in einer Reihe praktischer Konsequenzen entgegen.

Die engere Beziehung der Frau zu der Dos kommt zum Ausdruck

[31]) Dies soll vielleicht auch ausgedrückt sein mit der Wendung in l. 75 de iure dot 23. 3: quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est, und quamvis apud maritum dominium sit, emolumenti potestastem uxoris esse creditur. Da nicht die Frau, sondern der Mann das Eigentum an den Dotalsachen erlangt, so scheint die Frau bei der Eviktion derselben kein gegenwärtiges Interesse zu haben, sondern lediglich in der Lage zu sein, künftig nach Auflösung der Ehe ein Interesse haben zu können, und dies würde, mit Rücksicht auf die Ungewissheit der künftigen Gestaltung, nicht geeignet sein, schon jetzt einen Eviktionsanspruch der Frau zu begründen. Diesen Einwand bekämpft der Jurist mit den angeführten Worten: er vindiziert der Frau weil die dos mulieris est, weil sie emolumenti potestatem hat, schon während der Ehe ein präsentes Interesse an der Eviktion. Vgl. Czyhlarz S. 189.

[32]) Wenn ein Dritter die Dos bestellt, so liegt Zuwendung an die Frau vor. Wenn die Dosbestellung von der Frau selbst ausgeht, so kann natürlich nicht davon die Rede sein, dass sie sich selbst etwas zuwendet, aber sie behält das dem Manne Gegebene in der Gestalt der Dos: aus einem freien, ihrer Herrschaft schlechthin unterworfenen Bestandteile ihres Vermögens ist es zu einem formell im Eigentum des Mannes befindlichen, den Ehezwecken dienenden und dadurch gebundenen Bestandteil ihres Vermögens geworden und als solcher ihr verblieben. In diesem Sinne heisst es von der die Dos bestellenden Frau, der die Dos prälegiert ist: dotem recepisse magis quam accepisse, l. 2 § 1 de dote praeleg. 33. 4.

in der Entscheidung der l. 13. § 10 de hered. petit. 5. 3. Die Frau hat eine von ihr pro herede besessene Erbschaft dem Manne als Dos gegeben, der Mann kann vom Erben belangt werden mit der hereditatis petitio utilis, die Frau mit der hereditatis petitio directa: trotz Weggebens der Erbschaft als Dos hat sie doch die Erbschaft in der Dos.[33])

Die Antwort Julians auf die Frage, ob dem aus der promissio dotis klagenden Manne eine exceptio doli aus der Person der Frau entgegengesetzt werden könne: exceptionem obstare, dos enim intellegitur filiae adquiri, cum per hoc dotem sit habitura (l. 4. § 22. de exc. doli 44. 4.), zeigt, dass der Erwerb der Frau in erster Linie steht. Und das gleiche ergibt sich aus l. 5. § 5. eod.: wenn jemand supra legitimum modum der Frau schenken will und diese ihn ihrem Manne dotis causa delegiert, so steht der Klage des Mannes — für den die causa der Dosbestellung gleichgültig ist und gegen den darum aus seiner Person eine Einrede nicht vorgeschützt werden kann, so wenig wie gegen einen Gläubiger, dem von seinem Schuldner der gegen die Lex Cincia Schenkende delegiert ist — aus der Person der Frau die exceptio entgegen, und gegen die Frau hat der Schenker eine condictio auf Liberierung von der dem Manne gegenüber übernommenen Verpflichtung oder, wo er schon gezahlt hat, auf Rückgabe des Gezahlten. Wie wäre eine condictio gegen die Frau möglich, wenn nicht darin, dass sie die Dos hat, eine Bereicherung ihres Vermögens läge?

Nach l. 5. § 9 de iure dot. 23. 3 ist es, si quis certam quantitatem patri donaverit ita ut hanc pro filia daret, wie keine dos profecticia, weil das als Dos Gegebene nicht de bonis patris profectum und vom Vater de suo erogatum est, so keine Schenkung, weil die Zuwendung zwar zunächst in das Vermögen des Vaters gekommen ist, aber der Zuwendende non ad hoc dedit, ut pater ipse habeat, sed ut genero pro filia expendat, und der Vater dem Geber verpflichtet ist, das Empfangene aus seinem Vermögen als Dos wieder wegzugeben, und danach die wesentliche Voraussetzung der Schenkung, das Geben zu definitivem Haben, fehlt: quia non ea mente daretur, ut omni modo penes accipien-

[33]) Wie der Verkäufer der Erbschaft, der in dem Kaufpreise den Vorteil aus der Erbschaft hat, der directa, der Käufer, der die Erbschaft hat, der utilis hereditatis petitio haftet, l. 13 § 4 eod.

tem maneret (l. 20 de reb. cred. 12. 1.). Darum fällt auch solche Zuwendung, wenn sie dem Gewalthaber der Tochter von seiner Frau gemacht ist, nicht unter das Verbot der donatio inter virum et uxorem: non videri uxorem marito donasse, ut non sit interdicta donatio iure civili (l. 5 § 9 cit.).[34] Wenn hingegen jemand der Frau eine unentgeltliche Zuwendung macht mit der Bestimmung, ut ipsa suo nomine in dotem det (l. 9. pr. de iure dot. 23. 3), so ist das, wie auch Bechmann (II. S. 211) als zweifellos anerkennt, Schenkung an die Frau, obgleich sie, ebenso wie im ersten Falle der Vater, obstricta est ut det, aut si non dederit, condictione tenetur. Der Grund der verschiedenen Behandlung beider Fälle kann kein anderer sein, als dass die Frau, trotz der Verpflichtung das Empfangene herauszugeben und trotz erfolgter Herausgabe, doch so empfangen hat, ut ipsa habeat. Dem Vater ist nicht so gegeben, dass das Empfangene penes eum maneret, weil es durch das Geben der Dos aus seinem Vermögen wieder ausscheidet, der Tochter hingegen ist so gegeben, dass das Empfangene trotz des Gebens der Dos ihr selbst verbleibt und durch das Geben der Dos nicht aufhört Bestandteil ihres Vermögens zu sein: das Hindernis, das dort der Annahme einer Schenkung entgegensteht, das Fehlen des Willens dauernden Behaltensollens, ist hier nicht vorhanden. — Ist es der Mann, der seiner Frau ea condicione donavit, ut quod donavit in dotem accipiat, so ist das nach l. 59 de don. i. v. et u. 24. 1. eine wahre Schenkung aus dem gleichen Grunde, und darum dem Verbot der Schenkung unter Ehegatten unterfallend: während in dem Falle der l. 5 § 9 cit., Geben der Frau an den Mann mit der Verpflichtung, das Gegebene für die Tochter als Dos zu bestellen, das Schenkungsverbot nicht Platz greift, weil der Mann in Wahrheit nicht locupletior factus est, ist hier, wo die Frau das Gegebene in der Dos behält, die Frau locupletior facta durch die Zuwendung des Mannes und deshalb die Voraussetzung echter Schenkung und des Schenkungsverbots vorhanden; und wie alle Schenkungen unter Ehegatten, so konvalesciert auch diese, wenn der Mann, ohne widerrufen zu haben, vor der Frau ver-

[34]) Dem in l. 5 § 9 cit. behandelten Falle — Geben von seiten der Frau an ihren Mann ita ut pro filia dotem daret — steht natürlich der Fall gleich, wenn die Frau die Zustimmung dazu erteilt, dass ihre in den Händen des Mannes befindlichen Sachen von diesem für die Tochter als Dos gegeben werden, wovon Fragm. Vatic. 269 handelt. Vgl. auch l. 51 de iure dot. 23. 3.

storben ist. — Und wie in l. 59 cit., so in l. 2. C. de dote cauta 5. 15, wo statt des Gebens vom Manne an die Frau ea condicione, ut in dotem accipiat, das incrementum doti dare dadurch, dass de suo maritus constante matrimonio donandi animo in dotem adscripsit, das Mittel der Zuwendung ist: die Zuwendung ist Schenkung und als Schenkung unter Ehegatten nichtig, konvalesciert aber, wenn der Mann, ohne widerrufen zu haben, verstorben ist. Wie dort die Frau die ihr gemachte Zuwendung trotz des formellen Wiederherausgebens als Dos in ihrem Vermögen behält und darum noch bereichert und beschenkt ist, so wird hier durch die Vermehrung der Dos eine Bereicherung für sie herbeigeführt und die Schenkung realisiert.[35])

Und wieder, wenn ein Nichtschuldner indebitam pecuniam per errorem iussu mulieris sponso eius promisisset et nuptiae secutae fuissent, so steht ihm gegen die Frau die condictio indebiti zu, ut aut repetat ob ea, quod marito dedit, aut ut liberetur, si nondum solverit (l. 9. § 1 de cond. causa data 12. 4.),[36]) während, wenn der Nichtschuldner, cum sciret se nihil mulieri debere, auf ihre Anweisung dotis nomine dem Manne promittiert, Schenkung an die Frau vorliegt (l. 7. pr. eod.).[37]) In beiden

---

[35]) Dem animo donandi vorgenommenen in dotem adscribere steht der Fall der l. 53 de iure dot. 23. 3 gleich: wenn der Mann, um der Frau damit zu schenken, sich von einem insolventen Schuldner der Frau auf deren Anweisung dotis causa versprechen lässt, so liegt darin eine Schenkung an die Frau hinsichtlich derjenigen Summe, quae a debitore servari non poterat: die Frau hat in diesem Umfang in der Dos eine Bereicherung ihres Vermögens vom Manne erhalten, da bei Insolvenz des Schuldners in Wahrheit nicht sie dem Manne, sondern dieser ihr eine Zuwendung gemacht hat.

[36]) Die condictio geht gegen die Frau, weil ihr Vermögen durch die Dos bereichert ist; gegen den Mann geht die Klage nicht, weil er suum negotium gerit und weil für ihn die causa der Dosbestellung gleichgültig ist. Hingegen wenn die Ehe nicht zu stande kommt und darum keine Dos vorhanden, also auch nichts im Vermögen der Frau ist, sondern nur der Mann durch die promissio dotis einen formellen Erwerb gemacht hat, ist die Klage nur gegen den Mann möglich, nicht gegen die Frau, l. 7 pr. eod. 12. 4.

[37]) In l. 7 pr. wird zwar nur von dem Falle gesprochen, wo der sciens se nihil debere vor der Ehe promittiert und die Ehe nicht zu stande kommt; aber wenn hier der Frau die Klage auf Herausgabe des in Erfüllung der dotis promissio dem Manne Gezahlten deshalb gegeben wird, quoniam pecunia ad eam pertineret — anders als da, wo der Nichtschuldner irrtümlich promittiert hat, in welchem

Fällen hat die Frau in der Dos eine Zuwendung von seiten des Dritten in ihrem Vermögen: das formell dem Manne erworbene Forderungsrecht aus der dotis promissio und das darauf hin ihm Gezahlte ist materiell ein Bestandteil des Vermögens der Frau, den sie in jenem Falle sine causa, in diesem Falle ex causa donationis hat.[38]) Läge nicht darin, dass dos mulieri adquiritur eine Bereicherung der Frau, so wäre condictio gegen die Frau wie Annahme einer Schenkung an sie undenkbar, wie ohne diese Voraussetzung auch die in der oben erörterten l. 43. § 1. de admin. 26 7. dem Kurator gegen die Frau gegebene actio negotiorum gestorum während der Ehe nicht begründet sein würde.

Auch auf die nach l. 15. § 3. qui satisd cog. 2. 8. durch den fundus dotalis begründete Kautionsfreiheit der Frau ist doch wohl grösseres Gewicht zu legen, als Bechmann I. 140 f. und Czyhlarz S. 193 zugeben wollen. Natürlich kann der Satz: si fundus in dotem datus sit, tam uxor quam maritus propter possessionem eius fundi possessores intelleguntur, nicht als Beweis eines Eigentums der Frau betrachtet werden. Aber wegen des fundus dotalis die Frau als Grundbesitzerin, als mit Grundstücken ansässig[39]) zu bezeichnen, wäre doch nicht möglich,[40]) wenn

---

Falle ihm selbst und zwar nur gegen den Mann (vgl. die vorige Anm.) die Klage zusteht —, so ist natürlich dann, wenn die Ehe geschlossen ist, das als gültige Dos in den Händen des Mannes Befindliche der Frau als Bestandteil ihres Vermögens geschenkt. Vgl. auch l. 12 de nov. 46. 2, l. 47 de oper. lib. 38. 1.

[38]) Bechmann I. S. 211 A. 3 bemerkt: in dem Falle, wo der vermeintliche Schuldner der Frau sich wissentlich von ihr dotis causa dem Manne delegieren lasse, liege allerdings Schenkung an die Frau vor, aber nicht deshalb, weil die Delegation gerade dotis causa erfolgt sei, es wäre ebenso gut Schenkung, wenn es sich um irgend einen andern Zweck handelte. Durch diese Bemerkung wird das im Text Gesagte nicht widerlegt. Gewiss liegt darin, dass der Nichtschuldner sich wissentlich delegieren lässt, Schenkung nicht deshalb, weil die Delegation dotis causa erfolgt; aber darum handelt es sich auch nicht, sondern darum, ob, wenn sie dotis causa erfolgt, darin eine Schenkung an die Frau liegt.

[39]) Belege für diese Bedeutung von possessor brauchen nicht angeführt zu werden. In l. 3 C. ne uxor pro mar. 4. 12 ist possessiones dare und praedia assignare als identisch gebraucht.

[40]) Wenn Czyhlarz S. 194 f. sagt: der Wortlaut der Stelle gehe nicht dahin, dass die Frau fundi possessor sei, sondern dahin, dass sie als possessor angesehen werde, so ist dies darum nicht zutreffend, weil es nicht bloss von der Frau, sondern auch vom Manne so heisst: tam uxor quam maritus possessores intelleguntur.

ihr Verhältnis zur Dos kein anderes wäre, als dass sie bloss die spes quandoque recipiendae dotis hat: wird doch in unmittelbarem Anschluss an den Satz, dass die Frau als Grundbesitzerin kautionsfrei sei, gesagt ‚diversa causa est eius qui fundi petitionem personalem habet'; denn dass das Rückforderungsrecht der Frau angesichts der gesetzlichen Unveräusserlichkeit des Dotalgrundstückes auf ganz anderer Basis beruht als die gewöhnliche fundi petitio personalis (Bechmann I. S. 142), ändert daran nichts, dass die Klage der Frau auch nur eine persönliche ist Handelte es sich bloss um die genügende Garantie dafür, dass die befreiten Personen sich im Gerichtsbezirke antreffen lassen, und um den Gedanken, dass die Ansässigen, d. h. die, welche zu einem Grundstücke in einem gewissen auf die Dauer berechneten Verhältnisse stehen und eben deshalb an den Ort, wo dasselbe liegt, gebunden sind, diese Garantie bieten (Bechmann I. S. 142), so wäre nicht einzusehen, weshalb die Frau nicht auch ohne fundus dotalis kautionsbefreit sein sollte, falls nur ihr Mann Grundbesitz hat. Eine Beseitigung dieses von Bechmann selbst (Anm. 1.) erwähnten Bedenkens, dass die Frau da anzutreffen ist, wo der Mann infolge seines Grundbesitzes seinen Aufenthalt hat, kann nicht in der Bemerkung gefunden werden, dass zu einem solchen Grundstücke des Mannes die Frau zwar in einer gewissen Beziehung stehe, diese aber in ihrer Dauer völlig unsicher sei und daher in dieser Beziehung die Frau nicht als Besitzerin betrachtet werde: dieser Einwand wird schon widerlegt durch den Satz der l. 15. § 7. eod., dass es für die Kautionsfreiheit lediglich darauf ankommt, ob der Pflichtige zur Zeit der Kautionsleistung possessor ist, und daher ei, qui post cautionem possessionem vendidit, nihil obest. Ich kann daher den Grund der auf dem Haben eines fundus dotalis beruhenden Freiheit der Frau von der Kaution nur in dem schon während der Ehe bestehenden und auch nach andern Richtungen sich bemerklich machenden habere dotem als materiellen Bestandteil ihres Vermögens sehen. Wenn Bechmann und Czyhlarz dies so ausdrücken: die Frau sei deshalb ansässig, weil sie zu dem fundus dotalis in einem bleibenden und dauernden Verhältnisse stehe, welches auch durch die Auflösung der Ehe nicht alteriert werde, der fundus dotalis stehe in einer vom Willen des Mannes unabhängigen dauernden Beziehung zur Frau, so kann ich mich mit dieser Formulierung, die mehr ausdrückt als die blosse spes künftigen Erwerbs, ein-

verstanden erklären;[41]) es ist eben eine rechtliche Beziehung der Frau zur Dos, die nicht in einer blossen spes quandoque recipiendae dotis besteht, denn eine solche spes würde nicht hinreichen, um die Frau als mit Grundbesitz ansässig und kautionsfrei erscheinen zu lassen.

Nach alledem können die Wendungen dos in bonis mulieris est, mulieri dos adquisita est, mulier habet dotem, dos quamvis in bonis mariti sit mulieris tamen est, nicht in ausschliesslichem Hinblick auf die künftige actio rei uxoriae gebraucht sein. Sie bedeuten mehr als die blosse unentziehbare Hoffnung auf künftige Rechtsstellung, sie bezeichnen die Dos als eine zum gegenwärtigen Vermögen der Frau gehörige.

Zum Beweise der Negative, dass mit der spes quandoque recipiendae dotis das rechtliche Wesen des Verhältnisses der Frau zur Dos nicht genügend zum Ausdruck gebracht wird, mögen zunächst noch folgende zwei Momente hervorgehoben werden.

Dass der Satz dos mulieris est u. s. w. auf die dos recepticia sich nicht beziehe, ist nirgends gesagt, und hier steht von vornherein fest, dass eine solche Aussicht auf künftigen Erwerb der Dos für die Frau nicht vorhanden ist. Aber auch in ihrer Bestellung liegt eine Zuwendung an die Frau, und während der Ehe hat die Frau die kraft des Dotalcharakters der Zuwendung ihr zustehenden Rechte, z. B. die Befugnis, beim abuti und dissipari dotem und propter inopiam mariti die Sequestration und Herausgabe zu verlangen.[42]) Natürlich ist das Geben einer dos recepticia keine Schenkung an die Frau, weil nicht so gegeben ist, ut apud eam omnimodo remaneret, aber während der Ehe ist das Verhältnis der Frau kein anders geartetes als bei einer dos non recepticia. Dass die Frau bei Auflösung der Ehe die Dos nicht behält, beseitigt das dos mulieris est ebensowenig wie das in bonis mariti est dadurch negiert wird, dass der Mann die hinsichtlich einer dos non recep-

---

[41]) Worin sich das bleibende Verhältnis der Frau zum fundus dotalis, welches Bechmann I. 142 anerkennt, von dem wirklichen gegenwärtigen Rechtsverhältnis der Frau zum fundus dotalis, welches er S. 141 in Abrede stellt, unterscheidet, hat Bechmann nicht gesagt.

[42]) In l. 24 pr. sol. matr. 24. 3 ist allerdings nur an eine dos non recepticia gedacht: ex quo apparuerit, mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere. Aber sollte bei der Gefahr einer Verschleuderung der dos recepticia die Erhaltung der Dos für ihren Zweck nicht ebenso gerechtfertigt sein?

ticia ihm zustehenden Rechte — Behalten der Dos beim Tode der Frau und bei Scheidung infolge Verschuldens der Frau — nicht hat.

Die Wendung: spes quandoque recipiendae dotis wird in l. 71. de evict. 21. 2. auch von dem Vater gebraucht, der die actio rei uxoriae, wenn die Tochter lebt, adiuncta filiae persona und bei Tod der Tochter in der Ehe selbständig hat; zugleich aber wird hinsichtlich der Frage, ob er wegen Eviktion der Dotalobjekte die actio emti oder ex stipulatu hat, der „nicht unberechtigte" Zweifel gegen die Bejahung darauf gegründet, dass non sicut mulieris dos est ita patris esse dici potest (vgl. auch l. 4. de coll. bon. 37. 6. l. 1. § 9 de coll. dotis 37. 7). Wenn sonach Vater wie Frau die spes quandoque recipiendae dotis haben[43]) und doch nur mulieris, nicht auch patris dos esse dici potest, so kann das dos mulieris est nicht die blosse spes quandoque recipiendae dotis bedeuten.

Diese Verschiedenheit zwischen Vater und Frau hinsichtlich des Verhältnisses zur Dos während der Ehe äussert sich vor allem auch bei der Frage nach der Kollation.[44]) Und dass das dotem conferre debere als ausschlaggebend für das Verhältnis der Frau betrachtet wird, tritt in der l. 43 § 1 de admin. 26. 7 klar hervor. Denn hier wird die Zulässigkeit der actio negotiorum gestorum contraria des animo negotii gerendi die Dos bestellenden Kurators gegen die Frau während der Ehe damit begründet, quia mulier habet dotem, und wegen dieses habere dotem wird auf die Kollation verwiesen: ut in collatione bonorum dicitur.

Wie in der l. 71 cit., so wird in l. 4 de coll. bonor. 37. 6 gesagt, dass, wenn der Vater für seine Tochter eine Dos gegeben hat, der Vater nicht, wie die Frau ihren Geschwistern, diese Dos seinen Geschwistern während der Ehe zu konferieren braucht, und in beiden Stellen wird dies damit begründet, dass die Dos nicht in der Weise im Vermögen des

---

[43]) Czyhlarz S. 190 f. sagt, es sei, abgesehen davon, dass während der Ehe die Dos gar nicht des Vaters, sondern immer nur die Dos der Frau sei, auch für die Zukunft die Aussicht des Vaters, zu der Dos in Beziehung zu kommen, eine sehr unsichere. Aber unsicher in diesem Sinne ist auch die Aussicht der Tochter: für den Vater kommt es darauf an, dass die Tochter entweder in der Ehe stirbt oder in seiner Gewalt steht, für die Tochter darauf, dass sie die Ehe überlebt.

[44]) Auch darin zeigt sich die Verschiedenheit, dass wegen der zur Dos gehörenden Grundstücke eine Kautionsfreiheit des Vaters nicht begründet ist.

Vaters ist, wie sie im Vermögen der Frau ist: der Erwerb, den der Vater hinsichtlich der als Dos gegebenen Objekte gemacht hatte, und der, wenn er ihn noch hätte, seine Kollationspflicht begründen würde, ist durch das Geben der Dos für die Tochter aus seinem Vermögen wieder ausgeschieden, der Vater steht gegenwärtig während der Ehe seiner Tochter zu dieser Dos in keinem rechtlichen Verhältnisse, ein ihn zur Kollation verpflichtendes habere dotem ist für ihn nicht vorhanden, trotz der Möglichkeit, sie mit der actio de dote dereinst wieder zu erlangen; hingegen die Frau, obgleich auch sie die actio de dote zur Zeit nicht anstellen kann, hat in der Dos gegenwärtig schon einen Erwerb in ihrem Vermögen, der wie jeder andere Erwerb sie zur Kollation verpflichtet.[45])

Ich kann mich in dieser Beziehung auf die eigenen Ausführungen von Bechmann (I. 177 ff.) und Czyhlarz (S. 193 A. 7) beziehen. Nach ihnen ist nicht ein bedingtes Forderungsrecht, nicht die actio de dote und das, was die Frau mit ihr vom Manne erlangen kann, Gegenstand der Kollation, sondern die Dos selbst, allerdings nur diejenige, quae ad eam pertinere poterit, also mit Ausschluss der dos recepticia (l. 1 § 1, l. 2 de coll. dotis 37. 7),[46]) und diese von der Kollationspflicht ergriffene Dos muss konferiert werden nicht bedingt für den Fall, dass sie der Frau bei Auflösung der Ehe restituiert wird, sondern es ist schlechthin und unabhängig von der actio rei uxoriae und deren Schicksalen das zu konferieren, was der Mann dotis causa hat, indem sich die Frau dessen Betrag auf ihren Erbteil anrechnen lassen muss.[47]) Wenn nun Bechmann

[45]) Dos abscessit a bonis patris, dos in hereditate patris non invenitur: l. 9 de coll. dotis 37. 7, l. 14 pr. ad leg. Falcid. 35. 2, l. 64 (62) pr. ad S. C. Trebell. 36. 1. — Ebenso wie das dem Vater ita ut in dotem daret Zugewandte durch das Geben der Dos aus seinem Vermögen ausscheidet und darum nicht als dem Vater geschenkt gilt (l. 5 § 9 D. 23. 3), hingegen das der Frau mit dieser Bestimmung Zugewandte und als Dos Gegebene, weil es als Dos im Vermögen der Frau verbleibt, ihr geschenkt ist (l. 9 pr. eod.). Vgl. oben S. 35f.

[46]) Nur dann, wenn der Kollationsfall erst nach Auflösung der Ehe eintritt und die Klage der Frau durch das beneficium competentiae des Mannes beschränkt ist, hat die Frau bloss das zu konferieren, was sie wirklich erlangen kann, l. 1 § 6 de coll. dotis 37. 7.

[47]) Vgl. dazu auch l. 5 C. de coll. 6. 20: obgleich die Frau beim Tode ihres Vaters konferieren muss, kann sie doch während der Ehe nicht die actio de dote gegen den Mann anstellen. — Wie die Dos von der Frau zu konferieren ist, so ist sie auch auf ihren Pflichtteil zu imputieren, l. 29 § 1 C. de inoff. test. 3. 28, l. un.

sagt: nicht die actio rei uxoriae sei der Grund der Kollation, denn sonst müssten entweder (wenn man ein bedingtes Forderungsrecht mit der herrschenden Ansicht annehme) die Grundsätze von der Kollation einer bedingten Forderung zur Anwendung kommen, oder es könnte (wenn man jene Ansicht verwirft, also mit ihm eine blosse spes recipiendae dotis annimmt) von einer auch nur bedingungsweisen Kollation während der Dauer der Ehe keine Rede sein, da ein möglicher zukünftiger Erwerb, eine blosse spes, nicht Gegenstand derselben sein könne, so ist doch damit anerkannt, dass das die Voraussetzung der Kollationspflicht bildende dotem habere eben nicht die blosse spes quandoque recipiendae dotis, sondern ein gegenwärtig schon bestehendes und Wirkungen äusserndes Rechtsverhältnis der Frau zur Dos ist. Und wenn Bechmann den Grund davon, dass die Dos als solche unabhängig von ihren künftigen Schicksalen konferiert werden muss, darin sieht, dass die Tochter in der dos (profecticia) ein patrimonium, einen antezipierten Anteil am väterlichen Vermögen habe, und wenn Czyhlarz, der die collatio dotis auch in ihren Anfängen als nicht auf die dos profecticia beschränkt erachtet, in ihr nur eine weitere Anwendung des der collatio bonorum zu Grunde liegenden Gedankens erblickt (indem durch sie nur das ausgeglichen werde, was die Tochter durch die dos vor den übrigen sui dadurch voraus hat, dass sie zu einer Zeit die Dos bereits erworben hat, während welcher die andern noch nichts erwerben konnten), so gehen doch beide davon aus, dass die Frau in der Dos einen Vermögenserwerb macht und das Recht der Frau an der Dos ein stärkeres ist als die blosse Aussicht auf künftigen Erwerb. Wie die emanzipierten Geschwister der Frau das, was sie erworben, in ihrem Vermögen haben, so die Frau ihre Dos: diese ist nicht minder Bestandteil des Vermögens der Frau als der Erwerb des Bruders Bestandteil von dessen Vermögen, und darum stehen beide hinsichtlich der Kollationspflicht gleich.[48])

---

§ 12 C. de rei uxor. act. 5. 13. Wenn nun in l. 25 pr. de inoff. test. 5. 2 hinsichtlich der Schenkung gesagt wird, dass die Tochter in donatione quartam habet und deshalb das durch Schenkung an sie Gekommene sich auf den Pflichtteil anrechnen lassen muss, so ergibt sich, dass, wenn sie die Dos sich auf den Pflichtteil anrechnen lassen muss, sie in dote quartam habet, und zwar auch dann, wenn beim Tode des Vaters ihre Ehe noch besteht.

[48]) Dass in Bezug auf das praelegatum dotis gesagt wird: id dotis legato inest, quod actioni de dote inerat, relegatio dotis actionem de dote continet (l. 1

Eine technische Bezeichnung für dieses Gehören der Dos zum Vermögen der Frau haben, wie gesagt, weder die Römer noch wir gefunden. Sie ist ebenso schwierig wie die begriffliche Erfassung und die Antwort auf die Frage, wie sich das Zugehören zum Vermögen der Frau mit dem zweifellosen Alleineigentum des Mannes vereinigen lässt. Mir scheint die Auffassung von Mandry (Krit. V. Schr. XII. 502 ff.) in den Hauptpunkten als die dem Verhältnisse entsprechendste, und darum mag es gestattet sein, seine Ausführungen in Kürze hier wiederzugeben. Es handelt sich bei der Stellung der Frau zur Dos nicht um die regelmässige Form des Angehörens, die in der Existenz eines subjektiven Rechts besteht. Nach materieller Anschauungsweise gehört eine Sache oder ein Vermögen ausschliesslich oder nebenbei derjenigen Person, für welche beziehungsweise für deren Zwecke die Sache oder das Vermögen ausschliesslich oder nebenbei bestimmt ist: auf welcher Grundlage diese Bestimmung beruht und welche Rechtsform das Angehören annimmt ob, wie regelmässig, die Form des subjektiven Rechts an der Sache, welchenfalls materielles und rechtliches Angehören sich decken, oder die Form einer obligatorischen Verpflichtung des Eigentümers zur Bewahrung, Erhaltung, Restitution der Sache, oder die Form von Successionsrechten und dergleichen —, ist für dieses Angehören an sich bedeutungslos. Doch wird jene Anschauung sich um so entschiedener in den Vordergrund drängen, je mehr das materielle Angehören in rechtlichen Konsequenzen hervortritt, ohne die prägnante Form des rechtlichen Angehörens anzunehmen oder in einer einfachen Obligation aufzugehen. So verhält es sich mit der Dos. Sie ist während der Ehe den Zwecken der Ehe zu dienen bestimmt, also den Zwecken und somit der Person nicht bloss des Ehemanns, sondern auch der Ehefrau, sie soll aber ausserdem nach Auflösung der Ehe an die Ehefrau fallen und ist insofern schon jetzt für sie und ihre Zwecke bestimmt. Weder jene präsente noch diese eventuelle Bestimmung führen während der Ehe zu Rechten der Ehefrau an der Dos oder den einzelnen Dotalobjekten, wohl aber haben die eine oder die andere oder beide zusammen eine Reihe von rechtlichen

---

pr. § 5 de dote praeleg. 33. 4), beweist natürlich nicht, dass das habere dotem in der actio de dote besteht, denn das praelegatum dotis setzt zu seiner Wirksamkeit die Auflösung der Ehe durch den Tod des Mannes voraus, und dann hat eben die actio de dote allein noch Bedeutung.

Folgen anderer Art. In Anerkennung dieser rechtlichen Folgen und noch mehr der Grundlage derselben, der materiellen Bestimmung der Dos für die Ehefrau, erscheint dann die Dos als res uxoria, als in bonis mulieris, als uxori adquisita. Diese Auffassung selbst aber macht sich weiterhin wieder in einzelnen Rechtssätzen geltend oder wird wenigstens zur Begründung von Rechtssätzen benutzt, die auf anderen Gedankenreihen beruhen können oder beruhen, wie die Bestimmungen über Kollation, Dotationsvermächtnis, Eviktion, Beerdigungspflicht, Kautionsfreiheit, Publikation der Dos.

Aber wie auch immer das Verhältnis der Frau zu ihrer Dos theoretisch zu konstruieren sein mag, das, was nach den besprochenen Quellenaussprüchen und den in ihnen bezeugten praktischen Rechtssätzen nicht bezweifelt werden darf, ist, dass die Frau in der Dos etwas materiell ihr Gehöriges hat, dass durch die Bestellung der Dos an den Mann ihr eine Zuwendung gemacht wird, die einen sie bereichernden Bestandteil ihres Vermögens bildet. Das müsste, nach dem früher Bemerkten, auch Bechmann anerkennen, wie Czyhlarz es anerkennt: denn wenn man, wie er es thut, unter der spes quandoque recipiendae dotis nicht eine blosse vage, rechtlich noch gar nicht feststehende Hoffnung versteht, sondern eine objektiv begründete und darum unentziehbare Aussicht, deren objektive Voraussetzung schon in der Gegenwart existiert und deren Entwicklung zu einem wirklichen vollen Recht nur von einem zukünftigen Umstande abhängt (II 149. I 188), so ist, wenn man überhaupt einen praktischen Unterschied zwischen einer derartigen spes und einem bedingten Forderungsrecht zugestehen will, jedenfalls eine solche spes ebenso wie ein bedingtes Forderungsrecht ein Bestandteil des Vermögens.

V.

Das ist aber das für unsere Untersuchung Entscheidende. Denn wenn in der Bestellung der Dos an den Mann eine das Vermögen der Frau — einerlei in welcher rechtlichen Gestalt — bereichernde Zuwendung liegt, so ist auch der zweite, von Bechmann gegen die Auffassung der Dosbestellung als Schenkung an die Frau oder richtiger gegen die Möglichkeit, dass durch Dosbestellung die causa donandi zwischen dem Besteller und der Frau realisiert werden kann, als hinfällig erwiesen.

Kommt zu der in der Dosbestellung an den Mann liegenden Zuwendung an die Frau das causale Moment hinzu, dass diese Zuwendung erfolgt in der Absicht, der Frau damit zu schenken, und dass die Frau diese Schenkungsabsicht acceptiert, so liegen die Voraussetzungen des Gattungsbegriffs Schenkung vor: unentgeltliche Zuwendung eines Vermögenswertes von dem einen an den anderen und Übereinstimmung beider darüber, dass die Zuwendung eine unentgeltliche sein solle.

Hieran wird nichts geändert dadurch, dass es nicht eine Schenkung gewöhnlicher Art ist, d. h. die das unentgeltlich Zugewandte in das freie ungebundene Vermögen des Empfängers bringt, sondern eine Schenkung dotis causa, d. h. eine solche, die das der Frau unentgeltlich Zugewandte zugleich den Zwecken der Ehe und damit auch den Zwecken und der Person des Mannes dienstbar macht. Denn dass die dotis causa nicht unvereinbar ist mit der donationis causa, ist oben (sub II S. 9 ff.) nachgewiesen worden. Der Gegensatz der Schenkung dotis causa und der ohne Kombination mit der dotis causa gemachten Schenkung tritt in l. 43 § 1 de iure dot. 23. 3 scharf hervor. Erfolgt die Dosbestellung seitens eines extraneus dadurch, dass er den ihm schuldenden Mann dotis causa von seiner Schuld durch Acceptilation befreit, so ist nuptiis non secutis keine Dos vorhanden und zugleich wegen des Mangels der dotis causa die Acceptilation nichtig:[49]) danach würde selbstverständlich, wenn der Dosbestellung die causa donandi zu Grunde liegt, wie es bei der Bestellung von seiten eines extraneus die Regel ist, auch eine gültige Schenkung an die Frau nicht vorhanden sein, weil das Mittel versagt, durch das die causa donandi realisiert werden soll. Wenn hingegen der extraneus die Acceptilation so vornimmt, ut velit mulieri in totum donatum, also nicht bloss für den Fall, dass die Ehe zu stande kommt, und mit dem Zwecke, der Ehe in der Dos eine ökonomische Grundlage zu gewähren, sondern schlechthin, auf alle Fälle, mag Ehe und Dos zu stande kommen oder nicht, so ist die in erster Linie dotis causa gemachte Zuwendung eine von der Realisierung der dotis causa unabhängige und bei Nichtabschluss der Ehe gültige gewöhnliche Schenkung an die Frau:[50]) die durch die Befreiung des Mannes von seiner Schuld

[49]) Während in anderen Fällen der Zuwendung diese selbst Bestand hat und nur wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Mann geklagt werden kann.

[50]) Zu dem in totum donare vgl. auch l. 6. D. 12. 4: Ein extraneus hat eine

für ihn bewirkte Bereicherung erscheint dann als aus dem Vermögen der Frau an ihn gekommen, nicht anders als wenn der Dritte der Frau die entsprechende Geldsumme donandi causa und die Frau dieselbe dem Manne dotis causa gegeben hätte, oder wenn ein Nichtschuldner in Kenntnis davon, dass er nicht schuldet, in Schenkungsabsicht gegenüber der Frau auf deren Anweisung die angebliche Schuldsumme dotis causa dem Manne promittiert; wie hier nuptiis non secutis die Frau die condictio gegen den Mann hat, so hat sie dieselbe auch, wenn ihr die Zuwendung von dem Dritten durch dessen Dosbestellung gemacht ist. Bei solchem in totum donare liegt, wenn die Ehe geschlossen wird und damit die Möglichkeit der Dos besteht, donatio dotis causa vor, in dem Falle aber, wo Ehe und Dos nicht zur Existenz gelangen, simplex donatio.

Bei der donatio dotis causa führt der mit der causa donandi kombinierte Zweck der Verwendung des Zugewandten für die onera matrimonii notwendig eine Reihe von Folgen mit sich, die von den Grundsätzen der simplex donatio abweichen.[51])

Da hier die causa donandi realisiert wird durch das Mittel der Dosbestellung, diese Dosbestellung aber selbst ein zusammengesetztes, Mittel und Zweck in sich schliessendes Geschäft ist, ein dare an den Mann, welches dotis causa erfolgt, so gehen, wie oben erwähnt, die beiden causae, die dotis causa, welche durch dare, und die donationis causa, welche durch das dotis causa dare realisiert wird, ihre eigenen Wege: jede derselben hat ihre besonderen Voraussetzungen und Wirkungen.[52])

Die dotis causa kommt zu stande, wenn der Besteller und der Mann darüber einig sind, dass die Zuwendung dotis causa erfolgt. Hierfür ist die causa, zu deren Erreichung die Dosbestellung erfolgt, ohne alle Bedeutung: zum rechtlichen Bestand der Dos und zum Eintreten der Dotalgrundsätze bedarf es keiner Mitwirkung der Frau, ihre Acceptation ist weder hinsichtlich der Absicht, dem Manne ein Dos zu bestellen, noch

---

Dos bestellt und sich für den Fall der Auflösung der Ehe die Rückgabe stipuliert; die Ehe kommt gar nicht zu stande: steht die condictio gegen den Mann dem Besteller oder der Frau zu? Im Zweifel dem Besteller, nisi evidentissimis probationibus mulier ostenderit, hoc eum ideo fecisse, ut ipsi magis mulieri quam sibi prospiceret.

[51]) Der Ausdruck simplex donatio wird in l. 20 § 3 C. de coll. 6. 20 im Gegensatz nicht bloss zur donatio ante nuptias, sondern auch zur dos gebraucht.

[52]) Vgl. oben S. 9 f. 18 f.

hinsichtlich der Absicht, ihr mit der Dosbestellung eine Schenkung zu machen, erforderlich. Hingegen zum Eintritt der weiteren Folge, dass die ohne Mitwirkung der Frau erfolgte gültige Dosbestellung eine Schenkung an sie ist und nach Schenkungsgrundsätzen behandelt wird, bedarf es ihrer Zustimmung zur causa donandi. Und wenn diese Zustimmung ihrerseits erteilt ist, also die causa donandi wie die causa dotis wirksam ist, so kommen sowohl Dotalgrundsätze wie Schenkungsgrundsätze zur Anwendung, denn natürlich kann die Frau die Schenkung nicht anders haben als der Schenker sie machen will, also eben in der Gestalt der Dos.[53])

Jedoch mit dem Unterschied, dass die Dotalgrundsätze schlechthin zur Anwendung kommen, ohne Rücksicht auf die causa donandi, die Schenkungsgrundsätze hingegen nur soweit, als nicht die dotis causa ihrer Anwendung hindernd im Wege steht. Und das ist der Fall während der Ehe, bezüglich so lange der Dotalcharakter des Zugewandten wirksam ist. Während die dotis causa ihre Wirkung unabhängig von der causa donandi äussert,[54]) ist die causa donandi dadurch beeinflusst, dass das Mittel zu ihrer Realisierung das dare dotis causa ist, ihre Konsequenzen müssen weichen, soweit sie denen der dotis causa zuwiderlaufen, der Schenkungscharakter tritt zurück, so lange das als Dos Gegebene als Dos in Betracht kommt:[55]) es können alle diejenigen Schenkungsgrund-

---

[53]) Was in l. 71 § 3 de cond. et dem. 35. 1 von dem legatum dotis gesagt ist: si quis ipsam quoque petitionem habere responderit eaque pecuniam petat neque dotis fieri velit, non dubie doli summovebitur exceptione, gilt ebenso für die donatio dotis.

[54]) Wie die Zahlung einer Schuld an den Gläubiger seitens eines Dritten in der Absicht, dem Schuldner mit diesem dare solvendi causa eine Schenkung zu machen, ohne Rücksicht auf die causa donandi die Wirkung der solutio hat und die Schuld tilgt, so hat die Bestellung einer Dos in der Absicht, mit diesem dare dotis causa der Frau zu schenken, die Wirkung, dass der Mann eine Dos hat und die Frau eine uxor dotata ist, ohne Rücksicht auf die causa donandi. Vgl. oben S. 18.

[55]) Wie von der causa donandi so ist die Dos natürlich auch von anderen causae unabhängig: hat der vermeintliche Schuldner der Frau auf deren Anweisung hin irrtümlich dem Manne dotis causa promittiert, so geht darum, weil die causa solvendi eine nicht existierende ist, die condictio indebiti doch nicht gegen den Mann, l. 9 § 1 de cond. c. d. c. n. s. 12. 4.

sätze nicht gelten, deren Anwendung die durch die Dosbestellung geschaffene Rechtsstellung des Mannes wie der Frau beeinträchtigen würde.

So zunächst in Bezug auf den Mann. Er hat alle Rechte, die sich für ihn aus der dotis constitutio ergeben, und diese Rechte können ihm nicht entzogen werden. Die Frau kann über die Dos nicht in einer die Befugnisse des Mannes verkürzenden Weise verfügen (constante matrimonio dotem penes maritum constitutam donare non potuit, l. 21 C. de don. 8. 53). Sie kann, obgleich sie zum dotem conferre während der Ehe verpflichtet ist, nicht während der Ehe die Herausgabe der Dos vom Manne mit der actio de dote verlangen (l. 5 C. de coll. 6. 20). Der Gewalthaber, der als Träger der onera matrimonii seines Sohnes die Dos hat, kann die Dos durch praelegatum dotis an die Frau nicht seinem Sohne entziehen, dem beim Tode des Gewalthabers die Ehelasten obliegen und darum die Dos gehört (l. 1 § 9. 13 de dote praeleg. 33. 4). Der Gewalthaber der Frau kann auch mit deren Einwilligung die von ihm gegebene Dos während der Ehe nicht zurückfordern (l. 7 C. sol. matr. 5. 18). Die im Falle der Scheidung culpa uxoris beim Manne verbleibende Dos kann, obgleich sie donandi causa für die Frau gegeben ist, nicht wegen Undanks vom Besteller revoziert werden (l. 24 C. de iure dot. 5. 12), und ebenso ist während der Ehe ein Widerruf wegen Undanks der damit beschenkten Frau ausgeschlossen (l. 69 § 6 de iure dot. 23. 3). Die actio Pauliana, die gegen die Frau auch bei Unkenntnis des animus fraudandi zulässig ist, geht gegen die Frau nur darauf, ut cedat actione de dote adversus maritum, während dem Manne die Dos nicht entzogen werden kann, ausser wenn er selbst fraudis conscius ist (l. 14, l. 25 § 1 quae in fraud. credit. 42. 8). Die exceptio legis Cinciae wegen Übermasses der in der Bestellung der Dos liegenden Schenkung an die Frau greift dem Manne gegenüber nicht Platz (l. 5 § 5 de exc. doli 44. 4). Das durch die dotis constitutio donandi causa verletzte Verbot der donatio inter virum et uxorem macht die Dosbestellung nicht nichtig (l. 59 sol. matrim. 24. 1). Und so kommt zweifellos auch der concursus causarum lucrativarum dem Manne gegenüber nicht in Betracht: ist von A animo donandi ein Grundstück als Dos versprochen und wird dann dieses Grundstück von B der Frau als simplex donatio gegeben, so kann der Mann doch das Grundstück als Dos fordern, denn er hat darin, dass die Frau infolge der Schenkung des B das Grundstück zu freiem Vermögen hat,

keine Zuwendung für die onera matrimonii, für ihn ist der Umstand, dass auch das Dosversprechen des A donandi causa erfolgt war, ohne alle Bedeutung. Sogar die durch Verbrechen der Frau veranlasste Konfiskation ihres Vermögens ergreift die Dos nicht, so lange der Mann Rechte daran hat, und nur, wenn es gerade die Dos ist, welche wegen besonderer Verbrechen der publicatio unterliegt, wird der Mann mitbetroffen, weil damit eben die Dos zu existieren aufhört (vgl. oben bei Anm. 30).

Und ebenso sind für die Frau, auch wenn die für sie in Betracht kommende causa donationis ungültig ist, alle Rechte begründet, die darauf beruhen, dass sie eine uxor dotata ist. Sie hat Anspruch auf die Erhaltung der Dos für die Zwecke der Ehe und auf Schutz gegen die Gefahren der Beeinträchtigung dieses Zweckes;[56]) sie geniesst, wenn Grundstücke zur Dos gehören, Kautionsfreiheit; sie hat auch bei Auflösung der Ehe hinsichtlich einer dos non recepticia die actio de dote: diese Rechte sind von selbst und unabhängig von der causa der Dosbestellung mit der Existenz der Dos verbunden, und zu dieser Existenz gehört eben nichts als die Zustimmung des Mannes zur dotis causa.

Aber alles dies ändert sich, sobald der Dotalcharakter der Zuwendung aufhört und die dotis causa keine Wirkung mehr äussert. Jetzt macht sich der mit dem Mittel der dotis constitutio verfolgte Schenkungszweck bemerklich. Wie bei der dos recepticia, bei der das Geben dotis causa ein credendi causa erfolgendes ist, der Mann eine Dos und eine uxor dotata hat und während der Ehe die Dotalgrundsätze Platz greifen, ohne Rücksicht auf die causa credendi, nach der Ehe aber die causa credendi wirksam wird, so tritt bei dem dare dotis causa ex causa donationis nach der Ehe der bisher zurückgedrängte, gewissermassen latente Schenkungscharakter hervor. Fehlt die zur Perfektion der Schenkung erforderliche Zustimmung der Frau zu der causa donandi, so hat sie die ihr jetzt gebührende dos sine causa und muss die nach Dotalgrundsätzen ihr gegen den Mann zustehende actio de dote auf die condictio des Bestellers hin diesem zedieren, bezüglich das mit derselben Erlangte diesem heraus-

[56]) Hierher gehört wohl auch die Bestimmung der l. 21 de manum. 40. 1, dass der insolvente Mann die Dotalsklaven nicht freilassen darf, ut constante matrimonio deberi dos intellegatur. Vgl. Czyhlarz S. 218. — Ebenso der Satz, dass der Besteller nicht wider den Willen der Frau über die Dos verfügen kann, l. 7 de pact. dot. 23. 4, l. 29 pr., l. 40 sol. matr. 24. 3.

geben. War durch die von der Frau acceptierte Schenkung gegen das Verbot der donatio inter virum et uxorem verstossen, so unterliegt sie jetzt diesem Verbot und die Frau hat das infolge der Dosbestellung Erlangte sine causa, falls nicht durch lebenslängliche perseverantia Konvaleszenz der Schenkung eingetreten ist (l. 59 sol. matr. 24. 3). Hat die Frau sich undankbar gegenüber dem Dosbesteller benommen, so kann jetzt wegen Undanks revoziert werden.[57]) Enthielt die Dosbestellung eine übermässige Schenkung, so würde jetzt nach Auflösung der Ehe und beim Verbleiben der Dos bei der Frau an sich die Lex Cincia eingreifen, wenn nicht für diesen Fall der Dosschenkung eine Ausnahme anerkannt wäre (fragm. Vat. 305. 306, l. ult. C. de iure dot. 5. 12). Wenn die actio Pauliana nicht bereits während der Ehe gegen die Frau angestellt und darauf hin die Zession der actio de dote erlangt ist, so muss die Frau das bei Auflösung der Ehe ihr Zufallende restituieren. Und was endlich den Fall des concursus causarum lucrativarum betrifft, so hat die Frau bei Auflösung der Ehe, wo ihr an sich die Dos zufallen würde, die durch die Dosbestellung ihr gemachte Schenkung sine causa, indem diese Schenkung hinfällig geworden ist durch den jetzt hervortretenden concursus: die Sache, die sie infolge der simplex donatio zu freiem Vermögen erhalten hat, kann nicht nochmals auf Grund der Schenkung, die in der Dosbestellung liegt, in ihr freies Vermögen kommen.

Haben wir es sonach bei einer donatio dotis causa an die Frau mit einer Zuwendung zu thun, bei der während der Ehe die dotis causa, nach der Ehe oder nach dem Wegfall der Wirkungen der dotis causa die donationis causa hervortritt, so dass während der Ehe Dotalgrundsätze, nach der Ehe Schenkungsgrundsätze gelten, so steht auch nichts im

[57]) Das ergibt sich — gegen Bechmann I. 215 und Scheurl XI. 110 — aus l. 24 C. de iure dot. 5. 12. Wenn hier gesagt ist, dass wegen Undanks der Frau das als Dos Gegebene dann nicht revoziert werden könne, wenn infolge Scheidung wegen Verschuldens der Frau die Dos dem Manne verbleibt, so ist der Schluss nicht abzuweisen, dass, wenn die Dos nicht dem Manne verbleibt, sondern der Frau gebührt, diese Revokation zulässig ist. So ist denn auch in l. 69 § 6 de iure dot. 23. 3 nur von dem Falle die Rede, wo die Ehe noch besteht, und daher die Rechte des Mannes durch den Widerruf beeinträchtigt werden würden: die patrona kann die dem Manne durch promissio bestellte Dos zu leisten nicht verweigern unter Berufung auf den Undank der liberta, der sie damit geschenkt hat. Vgl. auch Czyhlarz S. 72 f.

Wege, eine donatio dotis causa an den Mann anzunehmen. Hat der Besteller der Dos gleich bei der Bestellung mit dem Manne ausgemacht, dass dieser auf keinen Fall zur Rückgabe verpflichtet sein, also das dotis causa Zugewandte auch in den Fällen, in denen er die Dos an sich herausgeben müsste, behalten solle, und ist diese auf dem animus donandi beruhende Bestimmung unter Zustimmung des Mannes zu der Schenkungsabsicht angenommen,[58]) dann liegt eine donatio dotis causa in derselben Weise vor wie da, wo die Frau durch die Dosbestellung beschenkt ist. Eine Unvereinbarkeit beider causae darum, weil sie sich auf dieselbe Person beziehen, ist nicht anzuerkennen. Das wäre nur der Fall, wenn beide gleichzeitig wirksam werden sollten: was man als Dos zu gebundenem Vermögen hat, kann man natürlich nicht gleichzeitig als geschenkt zu freiem Vermögen haben. Aber um eine gleichzeitige Wirksamkeit beider causae handelt es sich nicht. Die dotis causa wirkt, so lange die Ehe besteht: der Mann hat die Zuwendung nach den Grundsätzen der Dos und muss sie für die Zwecke der Ehe verwenden, die Frau ist eine uxor dotata und hat die während der Ehe hinsichtlich der Dos ihr zustehenden Befugnisse. Nach der Ehe macht sich die causa donationis geltend: die Frau ist eine uxor indotata, sie hat nicht die actio de dote, der Mann hat die Zuwendung zu freiem Vermögen.[59])

---

[58]) Dass ein solches pactum de lucranda dote vollkommen statthaft ist, ergibt sich nicht nur daraus, dass bei der dos recepticia die stipulatio de reddenda dote eine Abweichung von den Dotalgrundsätzen begründet und kein Grund vorliegt, dies in der Richtung, dass der Mann die Dos behält, nicht anzuerkennen, sondern auch aus dem Satze der l. 7 pr. de pact. dot. 23. 4, dass initio dotis dandae legem quam velit etiam citra personam mulieris is qui dat dicere potest. Nicht bloss dies, sondern auch, dass in solcher Verabredung ein wirklicher animus donandi sich manifestieren kann, erkennt Bechmann I. 208 an. Hingegen kann ich seiner weiteren Ausführung nicht zustimmen: wenn durch das gebrauchte Wort Dos bloss das subjektive Motiv der Zuwendung bezeichnet werden solle, so kämen allerdings die Grundsätze von der Schenkung zur Anwendung; wenn hingegen die Absicht, ungeachtet jener Abrede, auf die Bestellung einer wirklichen Dos gehe, so liege wegen des mangelnden animus donandi keine Schenkung vor und sei die Anwendung der Schenkungsgrundsätze ausgeschlossen.

[59]) So kann auch causa solvendi und donandi eventuell oder alternativ verbunden sein. Ich bezahle auf Anfordern eine Schuld, deren Existenz mir zweifelhaft ist, indem ich es dahin gestellt sein lasse, ob sie wirklich besteht: für den Fall, dass ich verpflichtet bin, will ich leisten solvendi causa, für den Fall, dass

VI.

Ich glaube den Beweis erbracht zu haben, dass die Bestellung der Dos an den Mann als Mittel zur Realisierung des Zwecks, der Frau zu schenken — nicht mit den Folgen einer simplex donatio, sondern eben in Verbindung mit der dotis causa —, benutzt werden kann, und dass eine Dosbestellung dann wirklich Schenkung ist, wenn sie vorgenommen wird in Übereinstimmung von Besteller und Frau darüber, dass die darin liegende Zuwendung an die Frau eine unentgeltliche, schenkweise sein solle.

Aus den bisher erörterten Quellenstellen ergibt sich nicht bloss, dass die Dosbestellung, wie solvendi und credendi causa, so auch donandi causa erfolgen kann, und dass die causa donandi als der mit dem Mittel der dotis constitutio verfolgte Zweck anderen mit dem gleichen Mittel realisierten materiellen causae gegenübergestellt wird. Sie lassen weiter auch unzweideutig erkennen — und dadurch wird der Einwand Bechmanns, es handele sich dabei lediglich um ein donare im weiteren nicht technischen Sinn, auf das bündigste widerlegt —, dass auf solche donandi causa vorgenommene Dosbestellung Grundsätze für anwendbar erklärt werden, deren Platzgreifen unbestritten die strengsten Erfordernisse der Schenkung voraussetzt. Wie wäre es möglich, in diesem Zusammenhange die Frage nur aufzuwerfen, ob bei einer solchen Dosbestellung donandi causa die Grundsätze der Lex Cincia, die Vorschrift der Insinuation, das Verbot der Schenkung unter Ehegatten, die revocatio propter ingratitudinem anwendbar seien, wenn in solchem Falle nicht eine von diesen Rechtssätzen vorausgesetzte Schenkung vorläge? Dass und in welcher Weise der

ich es nicht bin, donandi causa. Natürlich ist, wenn der Anfordernde sich auf diese Eventualität nicht einlässt, sondern darauf beharrt, dass er forderungsberechtigt sei, der eventuelle animus donandi des Zahlenden nicht im stande, eine wirksame Schenkung zu erzeugen: letzterer lässt sich dann eben die Auffassung der Leistung als solutio gefallen und hat nur seinerseits den Gedanken, dass er eventuell eine unentgeltliche Leistung vornehme. Vgl. l. 12 de nov. 46. 2. — Über den Fall der l. 21 pr. ad leg. Falc. 35. 2 und l. 44 de solut. 46. 3, in dem jemand una numeratione duas causas implet, vgl. meine Festschrift für E. J. Bekker, Zum Begriff der Schenkung S. 140.

Widerruf wegen Undanks und das Eheschenkungsverbot hinsichtlich der donatio dotis causa Anwendung findet, ist oben (S. 49. 51.) nachgewiesen worden. Dass aber von der Beschränkung der Lex Cincia und der Vorschrift der Insinuation bei der dotis constitutio eine Ausnahme zu gunsten der Frau gemacht wird, hat einen Sinn nur unter der Voraussetzung, dass in der Dosbestellung eine Schenkung an die Frau liegt.

In fragm. Vatic. 305 wird die Ausnahme von der Lex Cincia so gefasst: si quis mulieri virginive cognatus dotem conferre volet, und daraus gefolgert: igitur quocumque gradu cognatus dotis nomine donare potest; und in fragm. Vatic. 306 wird die Frage, ob dies wie hinsichtlich des im Gesetz genannten cognatus so auch hinsichtlich der cognata gelte, so ausgedrückt: an et cognata cognatae ultra exceptum gradum donare[60]) possit. Dotem conferre, dotis nomine donare, donare werden also als gleichbedeutend gebraucht. Dass aber diese Wendungen lediglich auf den Fall bezogen werden könnten, wenn jemand der Frau schenkt mit der Bestimmung, dass sie das Geschenkte zur Bestellung einer Dos verwende, lässt sich schlechthin nicht verteidigen. In solchem Falle wird immer gesagt, es werde der Frau geschenkt ita ut marito dotem daret. Wenn gesagt wird, dass jemand der Frau dotem confert oder dotis nomine donat, so ist damit die Dosbestellung an den Mann und die derselben zu Grunde liegende causa donandi gemeint, zum mindesten kann nicht behauptet werden, dass hierauf das dotem conferre und dotis nomine donare nicht passe. Warum sollte auch die Ausnahme von der Bestimmung der Lex Cincia nicht ebenso auch in diesem Falle Platz greifen? Der Grund der Ausnahme ist in jenem Falle der Umstand, dass die Schenkung an die Frau nicht eine simplex donatio ist, sondern das Geschenkte zugleich den Zwecken der Ehe in der Gestalt der Dos dienen soll; derselbe Grund spricht aber für die Befreiung auch in dem Falle, wenn der Frau in der Dosbestellung eine unentgeltliche, schenkweise Zuwendung gemacht wird:[61]) dort behält, hier erhält sie das Zugewandte nicht als freies Vermögen, sondern in der Gestalt der Dos. Davon, dass im letzteren Falle die Lex Cincia darum keine Anwendung leide, weil in ihm Schenkung gar nicht vorhanden sei, kann, wenn meine bis-

[60]) Die Änderung Huschkes von donare in dotem dare ist willkürlich.

[61]) Vgl. auch die im folgenden erörterte l. 31 C. 5. 12, wonach die Bestellung der Dos an den Mann auch hinsichtlich der Frau der Insinuation nicht bedarf.

herigen Ausführungen richtig sind, nicht die Rede sein: es ist Schenkung, aber als donatio dotis nomine von dem Verbote nicht betroffen. — Gegen die, wenn auch nicht ohne ein Gefühl des Zweifels, von Bechmann (I. 211.) vertretene gegenteilige Ansicht haben schon Scheurl (Krit. V. Schr. VI. 38) und Czyhlarz (S. 70) geltend gemacht, dass für ein donare ita ut marito dotem daret die gewählten Ausdrücke sehr undeutliche Bezeichnungen und ihnen diese Bedeutung beizulegen eine sehr gezwungene Erklärung sei; Meyerfeld (Die Lehre von den Schenkungen II. S. 67. 76) ist der Gedanke gar nicht gekommen, dass der Sinn von fragm. Vatic. 305. 306 ein anderer als der von uns angenommene sein könne.

Wie die Beweiskraft der von der Exemption der donatio dotis nomine von der Beschränkung der Lex Cincia sprechenden Stellen der Vatikanischen Fragmente durch Bechmanns Einwand, dass sie sich auf den Fall eines mulieri donare ita ut marito dotem daret beziehe, nicht erschüttert werden kann, so kann auch Bechmanns Behauptung (I. 216), dass die in l. 31 C. de iure dot. 5. 12 eingeführte Ausnahme von dem Erfordernisse der Insuination kein Argument für unsere Ansicht liefere und vielmehr gegen als für dieselbe spreche, nicht als richtig anerkannt werden. Den generellen Schluss: wenn es erforderlich war, eine Ausnahme von der Insinuationsvorschrift für den Fall der Dosbestellung einzuführen,[62]) so muss an sich, ohne diese Ausnahmebestimmung, die Insinuationsvorschrift anwendbar, also die Dosbestellung eine Schenkung an die Frau sein, sucht Bechmann zu widerlegen durch Berufung darauf, dass in dieser Stelle mit keiner Silbe von der der Frau von Rechtswegen zustehenden actio rei uxoriae die Rede sei, sondern von einer stipulatio de reddenda dote, welche die Frau sofort bei Errichtung der Dos mit Zustimmung des Bestellers abgeschlossen hat: dass in diesem Falle eine Schenkung des Bestellers an die Frau erblickt werde, sei voll berechtigt, weil hier ein direkt auf dem Willen des Gebers beruhender Erwerb vorliege.

---

[62]) Dass es sich hier um eine direkte Bestellung der Dos handelt, ist nicht bezweifelt, und dass es sich um ein Schenken an die Frau handelt, ergeben, abgesehen von dem obigen Grund und von dem Satze utpote a se non facta donatione, die Worte sive matres sive alii cognati sive extranei, die in Gegensatz zu dem solvendi causa die Dosbestellung vornehmenden Vater stehen.

Ich bin zunächst der Ansicht, dass die l. 31 C. keineswegs bloss diesen Fall im Auge hat. Wenn auch Justinian in den einleitenden Worten von diesem Falle ausgeht, vielleicht mit Rücksicht darauf, dass solche Stipulation häufig und jedenfalls im älteren Recht die unerlässliche Voraussetzung für das Forderungsrecht der Frau war, so lässt doch der dispositive Teil klar erkennen, dass die Ausnahme von der Insinuationsvorschrift auf diesen Fall nicht beschränkt sein soll: in omnibus huiusmodi casibus (d. h. cum matres sive alii cognati vel extranei dotes pro mulieribus dant) soll es nullis monumentis indigere, sed in omni persona ratas esse huiusmodi donationes et mulierem dotem suam ipsam habere et firmiter hoc lucrum apud eam permanere, falls nicht etwa der Besteller gleich bei der Bestellung sich die Rückgabe stipuliert hat; in aliis omnibus casibus, in quibus ipse non stipulatus est, soll die Frau diesen Trost durch die actio dotis haben. Danach ist Schenkung nicht bloss in dem Fall vorhanden, wenn der Besteller der Frau den Abschluss der stipulatio de reddenda dote gestattet, sondern sie liegt in der Bestellung der Dos, und sie ist nur ausgeschlossen, wenn der Besteller sich selbst die Rückgabe ausbedingt, ganz ebenso wie in l. un. § 13b C. de rei uxor. act. 5. 13. gesagt wird, dass, wenn der die Dos bestellende extraneus sich nicht ausdrücklich die Rückgabe stipuliert, er donasse magis quam sibi aliquid ius servasse videtur.

Aber selbst wenn Justinian in der l. 31 C. cit. wirklich nur von der Stipulation der Frau und dem dadurch begründeten Forderungsrecht gesprochen hätte, so wäre doch damit gegen den Schenkungscharakter der Dosbestellung in anderen Fällen nichts bewiesen und die Beweiskraft der Justinianischen Ausnahmevorschrift für diese nicht erschüttert. Denn ob die Frau durch solche Stipulation ein vertragsmässiges Recht auf Rückgabe erhält oder ob sie infolge der Dosbestellung kraft Gesetzes die actio de dote hat, kann für die Frage, ob in der Bestellung der Dos, hinsichtlich deren der Besteller und die Frau darüber einig sind, dass sie ex causa donationis erfolgt, eine Schenkung liegt, keinen Unterschied begründen. Die Zuwendung liegt in dem habere dotem und dem Anspruche oder der unentziehbaren Aussicht darauf, dass das, was während der Ehe Dos ist, nach Auflösung der Ehe zum freien Vermögen der Frau wird. Ist Schenkung anerkannt da, wo die Frau sich die Rückgabe stipuliert, so ist Schenkung auch da nicht zu leugnen, wo die Frau

die Rückgabe nicht stipuliert und statt neben der actio ex stipulatu ausschliesslich die actio de dote hat.[63])

Wird sonach für nötig gehalten die Anwendung zweier spezifischer Schenkungssätze — Lex Cincia und Insinuation — auf die donandi causa erfolgte Dosbestellung durch besondere wohlberechtigte Ausnahmebestimmung auszuschliessen,[64]) so ist damit der Beweis erbracht, dass in einer solchen Dosbestellung eine Schenkung liegt.[65])

Wie nun die l. 31 C. cit. 5. 12 unbestritten von einer direkten Dosbestellung von seiten Dritter an den Mann handelt und trotzdem Schenkung, wie sie im Falle der Stipulation der Frau nicht bezweifelt wird, so auch ohne solche nicht bezweifelt werden darf, und wie die l. un. § 13 b C. 5. 13 ebenso zweifellos von den dotes quae ab extraneis dantur vel promittuntur und für den Fall des Unterlassens der Rückgabestipulation von einem donasse mulieri spricht, so geht es auch anderen Stellen gegenüber nicht an, sie von dem Falle zu verstehen, in dem, weil es sich dabei gar nicht um die Bestellung einer Dos handele, Bechmann (I. 211) allein eine Schenkung an die Frau als unbedenklich vorliegend annimmt: dem Falle, wenn der Frau geschenkt wird mit der Bestimmung, dass sie das Geschenkte zur Bestellung einer Dos an ihren Mann verwende.

Nach l. 33 de iure dot. 23. 3 mit ihrer Scheidung der drei Fälle — dotis promissio von seiten des Vaters, von seiten des extraneus, der Schuldner der Frau ist, und von seiten des in Schenkungsabsicht handelnden extraneus — liegt direkte Dosbestellung vor, und doch wird der dadurch begründete Erwerb für die Frau (adquiri mulieri accipiemus, ad quam rei commodum respicit) als auf der Handlung des donaturus beruhend aufgefasst.

In l. 43 § 1 de admin. 26. 7 erfolgt von seiten des Kurators die dotis promissio an den Mann. Wenn dabei die Frage erörtert wird, ob er die Dos animo donandi oder negotii gerendi causa bestellt habe, und für den Fall seiner Kenntnis von der Insuffizienz des Mündelvermögens das erstere bejaht wird, so ist eben durch die dotis constitutio an den Mann die der Frau gegenüber erfolgte causa donationis verwirklicht.

---

[63]) So auch Czyhlarz S. 71. — Dass der Erwerb nicht bloss in jenem Falle, sondern auch in diesem auf dem Willen des Gebers beruht, ergibt sich aus dem S. 27 f. Ausgeführten.

[64]) Vgl. dazu unten S. 71 Anm. 82.

[65]) Über die l. 25 § 1 quae in fraud. cred. 42. 8, vgl. unten S. 59.

In dem Falle der l. 59 § 2 de iure dot. ist eius nomine quae libera videbatur dem Manne eine Geldsumme als Dos gegeben. Da hier, wo die Frau Sklavin ist, eine gültige Ehe nicht möglich ist, so verhält es sich ebenso wie wenn liberae mulieris nomine als Dos gegeben und die Ehe nicht zu stande gekommen wäre: der Geber kann in beiden Fällen das Gegebene vom Manne kondizieren. Wenn nun der Geber mulieri donaturus dem Manne gegeben hat, so macht natürlich diese causa der Dosbestellung die dotis causa nicht gültig, wohl aber ist die bei der Dosbestellung verfolgte Schenkungsabsicht wirksam: die condictio gegen den sine causa das Geld habenden Mann steht hier nicht dem Geber, sondern der beschenkten Frau zu, bezüglich wenn diese Sklavin ist, deren Herrn, ebenso wie wenn die Frau den ihr Schenkenden anweist, dem Manne das ihr Zugedachte als Dos zu geben.[66]) Wäre also Ehe und Dos gültig, weil die Frau frei und die Ehe geschlossen ist, so würde die Frau das von dem Dosbesteller dem Manne Gegebene nicht vom Manne kondizieren können, weil eben dann die dotis causa wirksam ist, aber beschenkt wäre sie durch die Dosbestellung darum nicht weniger.

In l. 43 § 1 de iure dot., wo ein extraneus dem ihm schuldenden Manne eine Dos bestellt durch Erlass seiner Schuld, ist nur die Rede

[66]) Dass die Schlussworte quemadmodum si eum qui sibi donaturus esset mulier ipsam donare iussisset korrumpiert sind, ist klar, das ipsam donare ist sinnlos. Mommsen will lesen: quemadmodum si, cum quis sibi donaturus esset, mulieri ipsum. — Ich halte die, sachlich auf dasselbe hinauskommende, Korrektur für einfacher und näher liegend, statt ipsam donare zu lesen: ipsa viro dare; die Änderung des richtigen Textes in den fälschen ist bei der Ähnlichkeit der Schriftzeichen leicht erklärlich. — Es ist derselbe Fall, wie in l. 9 pr. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4: si donaturus mulieri iussu eius sponso numeravi nec nuptiae secutae sunt, mulier condicet. In dem hierauf folgenden Satze (sed si ego contraxi cum sponso) wird der Fall erörtert, dass ich dem Bräutigam direkt eine Geldsumme gegeben habe mit der Verabredung, dass sie beim Zustandekommen der Ehe Dos sein, beim Nichtzustandekommen aber mir zurückgegeben werden soll; ersteres wird bezeichnet mit der Wendung in hoc dedi, ut dos mulieri adquireretur, und dies in Gegensatz gestellt zu dem Fall des ersten Satzes (si donaturus mulieri etc.). In dem Fall des ersten Satzes wird bei Nichtzustandekommen der Ehe der Frau die condictio ob causam datorum gegeben, im Fall des zweiten Satzes, unter der gleichen Voraussetzung (nuptiae non secutae) mir, weil ich eben für diesen Fall mir die Rückgabe bedungen habe; wäre solche Rückgabe nicht bedungen, so würde, ebenso wie im Falle des ersten Satzes, der Frau die condictio zustehen.

davon, dass nuptiis non secutis die Acceptilation nichtig ist. Aber wir dürfen in Hinblick auf den Gegensatz des folgenden nisi forte sic accepto tulit ut velit mulieri in totum donatum ergänzen: es liegt auch keine gültige Schenkung vor, weil eben nur so geschenkt sein sollte, dass das Zugewandte zugleich Dos sei. Daraus folgt aber, dass, wenn die Ehe zustandegekommen und damit die Dos gültig wäre, in dieser Dosbestellung an den Mann eine Schenkung an die Frau liegen würde.

Auch die l. 25 § 1 quae in fraud. cred. 42. 8 ist in dieser Beziehung zu verwenden. Ich lege zwar auf diese Stelle nicht so entscheidendes Gewicht, wie manche (z. B. Brinz S. 1241 a. E.) thun, die in ihr ein Hauptargument für den Schenkungscharakter der Dosbestellung erblicken. Nicht sowohl wegen des quasi ex donatione, woraus manchen (z. B. Czyhlarz S. 69) ein Bedenken erwächst. Denn einmal hat quasi keineswegs überall die Bedeutung einer blossen Vergleichung mit etwas an sich davon verschiedenem, sondern drückt bisweilen auch aus, dass es wirklich so ist, so dass das quasi ex donatione intellegitur ad eam pervenisse nicht zu sagen braucht: weil es so ist wie wenn es durch Schenkung an sie gekommen wäre, sondern auch bedeuten kann: weil es durch Schenkung an sie gekommen ist;[67]) und sodann ist in l. 25 pr. eod. von dem Hauptschuldner, der durch die animo donandi gegenüber dem Bürgen vorgenommene auch den Hauptschuldner befreiende Acceptilation (l. 13 § 7 de acceptil. 46. 4) einen Vorteil auf Kosten der Gläubiger erlangt hat, von einem quasi ex donatione capere nicht die Rede, sondern es heisst einfach: er haftet auch ohne seine scientia fraudis, quia ex donatione capit, womit erwiesen ist, dass dem quasi ex donatione in § 1 die Bedeutung einer blossen Vergleichung mit der Schenkung nicht innewohnt. Vielmehr erachte ich die Stelle deshalb nicht für vollbeweisend, weil es zur Begründung der actio Pauliana auch gegen den fraudis non conscius gar nicht notwendig ist, dass die Erfordernisse einer perfekten Schenkung vorliegen. Die Klage geht gegen Bereicherten auch dann, wenn er — wie in l. 25 pr. cit. der Hauptschuldner — von dem animus donandi des

---

[67]) Vgl. dafür l. 6. 9 pr. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 5 § 2 praescr. verb. 19. 5: hier wird von Fällen, wo ein wirkliches dare ob rem und Nichteintritt der Voraussetzung vorliegt, von quasi ob rem dare und quasi causa non secuta gesprochen. Vgl. auch l. 15 § 2 ad leg. Aquil. 9. 2: quasi de vulnerato, quasi de occiso; l. 78 pr. de iure dot.: suo fundo quasi dominus utitur.

fraudator keine Kenntnis hat und wenn er der Schenkungsabsicht nicht zustimmt. Denn es kommt nur darauf an, dass er auf Kosten der Gläubiger aus dem Vermögen des fraudator ohne Äquivalent einen Vorteil erlangt hat, der lediglich mit Rücksicht auf die subjektive Absicht des fraudator und auf die Unentgeltlichkeit des Erwerbs als ex donatione erlangt bezeichnet wird: es geschieht dem unentgeltlich Bereicherten damit kein Unrecht, cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur (l. 6 § 11. 12. l. 25 pr. eod.).[68]) Aber es ist doch zweifellos, dass, wenn alle Voraussetzungen der Schenkung vorliegen, also nicht bloss unentgeltliche Bereicherung der Frau, sondern auch Übereinstimmung zwischen ihr und dem fraudator hinsichtlich der causa donandi, die actio Pauliana ohne Rücksicht auf ihre Teilnahme an der fraus erst recht zustehen würde, weil sie bei wahrer Schenkung doch eine unentgeltliche Bereicherung hat: die unentgeltliche Bereicherung und infolge der causa donandi die Schenkung ist dann eben durch unmittelbare Bestellung der Dos an den Mann erfolgt.

Aber ganz abgesehen davon, dass nach diesen Quellenzeugnissen durch direkte Dosbestellung an den Mann eine Schenkung an die Frau vollzogen werden kann: ist der von Bechmann behauptete Unterschied zwischen den beiden Fällen — unmittelbares Bestellen der Dos an den Mann in Übereinstimmung zwischen dem Besteller und der Frau, dass damit der Frau geschenkt sein solle, und Schenkung an die Frau, ita ut dotem marito daret — innerlich und nach den Quellen wirklich begründet? In dem letzteren Falle nimmt Bechmann (I. S. 211), obgleich das Geschenkte Dos wird, unbedenklich Schenkung an, weil es sich hierbei gar nicht um Bestellung einer Dos handele, oder anders ausgedrückt: weil hier nicht Schenkung durch Dosbestellung, sondern Schenkung zum Zwecke oder mit der Auflage der Dosbestellung vorliegt. Ist die Annahme einer solcher Verschiedenheit der Behandlung beider Fälle — hier Schenkung, dort Nichtschenkung — gerechtfertigt?

Schon früher (sub IV. S. 37 f.) sind die Gründe berührt worden, aus

---

[68]) Vgl. auch l. 2 C. de revoc. his 7. 75, wo den Gläubigern die actio Pauliana gegen die Tochter ohne weitere Voraussetzung gegeben ist als dass dotem in fraudem creditorum constitutam probatur. L. 1 § 20 si quid in fraud. patroni 38. 5: der Schuldner, für den sich der fraudator verbürgt, haftet der actio Faviana, quia donationis causa intervenit.

denen man sich gegen diese Ansicht erklären muss.[69]) In beiden Fällen ist, wenn der Besteller den Willen hat, der Frau den Vermögensvorteil unentgeltlich zuzuwenden und die Frau damit übereinstimmt, mit der causa donandi der Wille kombiniert, dass das der Frau Zugewandte Dos sein soll. Ob dieser weitere Zweck dadurch erreicht wird, dass das Zugewandte erst in das Vermögen der Frau gebracht wird und dann formell aus dem Vermögen der Frau wieder ausscheidend und von ihr in Erfüllung der übernommenen Verpflichtung dem Manne zugewandt in der Gestalt der Dos ihr verbleibt, oder dadurch, dass ohne diesen Umweg die Zuwendung vom Schenker formell in das Vermögen des Mannes und damit materiell in das Vermögen der Frau als Dos gebracht wird, kann in dieser Beziehung einen Unterschied nicht begründen. Dort behält, hier erhält die Frau das Zugewandte als Dos, eine die causa beeinflussende Verschiedenheit liegt hierin nicht. Wie der Vater seine gesetzliche Dotationspflicht in gleicher Weise dann erfüllt, wenn er dem Manne eine entsprechende Geldsumme als Dos gibt, wie dann, wenn er sie seiner Tochter gibt, mit der Bestimmung, dass diese sie dem Manne als Dos gebe, so erreicht der mulieri donaturus seine Absicht auf dem einen Wege so gut wie auf dem andern. In beiden Fällen wird der animus donandi dadurch realisiert, dass die Frau in der Dos die Zuwendung hat, denn auch in dem letzteren Falle liegt die schenkweise Zuwendung nicht in den ihr gegebenen Objekten — denn sie ist verpflichtet, diese dem Manne herauszugeben, widrigenfalls sie der condictio des Gebers haftet —, sondern darin, dass sie die dem Manne gegebene Dos in ihrem Vermögen hat, auf Grund des Willens des Gebers. Für die Frage, auf Grund welcher causa die Frau die Zuwendung hat, ist die Form, in welcher die dos mulieri adquiritur, gleichgültig. Es kann sich nur darum handeln, ob die Frau in der Dosbestellung an den Mann eine Zuwendung erhält, und dass dies der Fall ist, darüber kann nach dem früher Ausgeführten kein Zweifel bestehen. In der That erkennt auch Bechmann dies an. Denn obgleich er S. 212 in dem Falle der direkten Dosbestellung an den Mann darum vor allem die Schenkung leugnet, weil es an der Bereicherung der Frau fehle, erklärt er bei Be-

[69]) Vgl. auch Czyhlarz S. 66: gleichgültig ist, ob er den bestimmten Vermögenswert sofort dem Manne oder ob er ihn unter dieser Voraussetzung der Frau gibt, damit diese ihn dann als Dos gebe.

sprechung der von direkter Dosbestellung handelnden l. 25 § 1 quae in fraud. cred. 42. 8, das quasi ex donatione intellegitur quid ad eam pervenisse drücke nur eine Gleichstellung von Dos und Schenkung aus und es sei der Erfolg für die Frau ganz der nämliche, möge eine Schenkung vorhanden sein oder eine Dos: „in beiden Fällen ist sie unentgeltlich auf Kosten der Kreditoren bereichert". Er sieht also in der Bestellung der Dos an den Mann ebenso eine unentgeltliche Bereicherung der Frau wie in der Schenkung an die Frau, und mithin auch wie in der Schenkung an die Frau mit der Bestimmung, dass sie das Geschenkte dem Manne als Dos gebe. Wäre die actio Pauliana für den Fall einer Schenkung an die Frau ita ut in dotem marito daret bezeugt, so würden wir den Schluss ziehen, dass das Gleiche gelten müsse, wenn für die Frau eine Dos unmittelbar dem Manne gegeben wird: nun ist die actio Pauliana für diesen letzteren Fall in l. 25 § 1 D. 42. 8 ausdrücklich bezeugt, also ist auch jener Schluss als richtig festgestellt. Und wenn in l. 59 § 2 de iure dot. der Fall behandelt wird, dass jemand einer für frei gehaltenen Frau so schenkt, dass sie das Geschenkte dem Manne als Dos geben und die Schenkung nur für diesen Fall Bestand haben solle, so würden wir wieder schliessen, dass das Gleiche auch dann gelte, wenn die Dosbestellung direkt an den Mann erfolgt in der Absicht der Frau damit zu schenken: nun ist gerade für diesen Fall der direkten Dosbestellung die Entscheidung getroffen, folglich ist damit wieder die Bestätigung der Richtigkeit jenes Schlusses gegeben.

VII.

Dass in Bezug auf die Frage, inwiefern in der Bestellung der Dos seitens eines Dritten eine Schenkung an die Frau liegt, eine wichtige Rolle die Stelle in den Vatikanischen Fragmenten § 269 spielt, davon sind wir ausgegangen, und zu diesem Ausgangspunkte kehren wir nunmehr zurück, um durch Erörterung ihres Zusammenhanges und Feststellung des aus ihm sich ergebenden Sinnes das in den bisherigen Ausführungen gewonnene Resultat zu erhärten. Die Ansicht Bechmanns (I. 214), es fänden sich keine Spuren, dass man jemals die positiven Sätze von der Schenkung auf das Verhältnis zwischen dem Besteller der

Dos und der Frau angewandt habe, wird am einleuchtendsten durch diese Stelle widerlegt. Denn richtig verstanden bezeichnet sie nicht nur das in dotem dare von seiten der Mutter für die Tochter als ein filiae donare, sondern sie beschäftigt sich speziell mit der Frage, ob, wenn die Tochter in der Gewalt des Vaters, des Ehemannes der die Dos bestellenden Mutter, steht, durch solche Schenkung mittelbar dem Gewalthaber erworben, folglich gegen das Verbot der donatio inter virum et uxorem verstossen wird und darum dieselbe nichtig ist.[70]) Es ist mithin die Anwendbarkeit eines ganz spezifischen Schenkungssatzes zur Frage gestellt, und zwar gerade für den Fall, wo die Zuwendung an die Tochter nicht so erfolgt, dass ihr geschenkt wird ita ut marito in dotem daret, sondern die Dosbestellung an den Mann direkt von dem Schenkenden ausgeht. Handelte es sich bei diesem ausdrücklich als donare bezeichneten in dotem dare nicht um eine Schenkung, wodurch die Mutter pauperior, die Tochter locupletior wird, also um Schenkung im engsten Sinne, so hätte die ganze Ausführung des Juristen keinen Sinn. Denn dass auf ein Schenken in der vagen Bedeutung einer Liberalität, wie Bechmann (I. 213 f.) es verstehen will, das Eheschenkungsverbot keine Anwendung leidet, ist niemals Gegenstand des Zweifels gewesen. Dass aber, wie Bechmann (II. 40) meint, der Jurist sagen wolle, in der Dosbestellung liege überhaupt keine Schenkung an die Tochter, ist, wie oben (S. 7 f.) bereits erwähnt, schon durch das potest filiae donare ausgeschlossen, ganz abgesehen davon, dass es der breiten Erörterung nicht bedurft hätte, wenn nur gesagt werden sollte, ein Schenkungsverbot finde keine Anwendung, wenn keine Schenkung vorliege. Führt der Jurist aus, dass die Dosbestellung eine Schenkung der Mutter an die Tochter enthalte, und dass die Mutter eine derartige Schenkung, weil sie nicht unter das Eheschenkungsverbot falle, gültig vornehmen könne, und begründet er, weshalb hier das Verbot nicht zutreffe, so ist klar, dass die Dosbestellung eine Schenkung ist, welche die Voraussetzungen einer dem Verbote unterliegenden Schenkung aufweist und eben nur infolge der besonderen Natur dieser Schenkung — weil die mit der Schenkung verbundene dotis causa eine Abweichung herbeiführt — von dem Verbote nicht be-

[70]) L. 3 § 4 de don. i. v. et u. 24. 1: si mater filio, qui in potestate patris esset, donat, nullius momenti erit donatio, quia patri quaeritur; l. 4 C. eod. 5. 16.

troffen wird: das dotem dare ist zwar ein Schenken an die Tochter, aber kein solches, wodurch der Gewalthaber der Tochter erwirbt.

Die Stelle hat sich in Bezug auf Textänderung viel gefallen lassen müssen.[71]) Es sind insbesondere zwei Sätze, die man beanstandet und zu korrigieren für notwendig gehalten hat. Es wird sich ergeben, dass solche Notwendigkeit nicht besteht, da die überlieferte Lesart einen vollkommen guten Sinn gibt, und dass die vorgeschlagenen Anderungen zum Teil solche sind, die zu einem entschieden unrichtigen Ergebnis führen.

Die strittigen Sätze sind 1. cum res mariti fiant, quamvis quandoque filia vel sola, si iuris sui fuerit, vel voluntate filiae pater habeat rei uxoriae actionem; 2. si inscia uxore vel invita maritus in dotem dedit, rem mariti non esse factam.

Ad 1. Huschke (Jurisprud. anteiust.) will, während er in den früheren Auflagen quoniam statt quamvis las,[72]) seit der fünften Auflage das cum und quamvis vertauschen, da es ex mente Ulpiani offenbar sei, dass beide Worte locum inter se commutasse. Und die von Mommsen (Coll. lib. iur. anteiust.) vorgeschlagene Änderung: cum, quamvis res mariti fiant, quandoque u. s. w. bedeutet sachlich das Gleiche. Was wäre der Sinn dieses Satzes: „Die Mutter kann der Tochter schenken (durch Dosbestellung), da die Tochter oder mit Willen der Tochter ihr Vater dereinst die actio rei uxoriae hat, obgleich der Mann der Tochter Eigentümer der ihm dotis causa gegebenen Sachen wird“? Das würde besagen: die in der Dosbestellung liegende Schenkung der Mutter an die Tochter wird darum von dem Verbot der Schenkung unter Ehegatten nicht betroffen, weil trotz des Erwerbes des Eigentums durch den Mann der Tochter doch diese bezüglich ihr Vater mit ihrem Willen dereinst die actio rei uxoriae hat. Dass aber die Tochter, obgleich ihr Mann Eigentümer wird, doch einen Erwerb macht, wäre nur die Angabe, inwiefern

[71]) Gegen jede Textänderung: Bechmann II. 88. Czyhlarz S. 181. Lenel Palingen. II. p. 1174 Nr. 2903.

[72]) Dann würde Ulpian sagen: die Mutter kann der Tochter in dieser Weise (durch Dosbestellung) schenken, da der Ehemann der Tochter Eigentümer der ihm als Dos gegebenen Sache wird, weil die Tochter bezüglich mit Willen der Tochter der Vater dereinst die actio rei uxoriae hat. Was sollte das quoniam begründen? Gewiss wird dadurch nicht der Eigentumserwerb des Mannes der Tochter begründet, aber eben so sicher auch nicht die Gültigkeit der Schenkung. Vgl. auch Bechmann II. 89 A. 1.

in der Dosbestellung eine Zuwendung und Schenkung an die Tochter liegt, nicht aber Angabe des Grundes, weshalb dieser schenkweise Erwerb nicht unter das Eheschenkungsverbot fällt.

Ad 2. Huschke will statt maritus setzen marito, und Mommsen, der früher statt maritus in dotem dedit lesen wollte: maritus in dotem cepit, behält jetzt (Coll. lib. iur. anteiust.) das in dotem dedit bei, streicht aber maritus und ergänzt aus dem Vorhergehenden: pater. Blume aber liest statt maritus: mater.

Bei Blumes Lesart (mater) muss das vorausgehende inscia uxore vel invita sich notwendig auf die Tochter beziehen, und dann ergäbe sich der Sinn: wenn die Mutter ohne Zustimmung der Tochter dem Manne Sachen als Dos gibt, so wird der Mann nicht Eigentümer. Dies aber wäre entschieden falsch. Ist schon mit Recht nicht zu bezweifeln, dass zur Gültigkeit der Dosbestellung die Zustimmung der Frau nicht erforderlich ist, vielmehr für die dotis causa lediglich die Einigung zwischen dem Besteller und dem Manne in Betracht kommt, so kann darüber noch weniger Zweifel bestehen, dass, selbst wenn für das Entstehen der Dos die Einwilligung der Frau vorausgesetzt würde, jedenfalls die Wirkung des Eigentumsübertragungsaktes, wie sie überhaupt der Regel nach von der zu Grunde liegenden causa nicht beeinflusst wird, von der Zustimmung der Frau nicht abhängt, weder von der Zustimmung zur dotis causa noch zur causa donationis.

Bei der Lesart von Huschke und Mommsen kommt es darauf an, wer mit der inscia uxor gemeint und wer als Dosbesteller gedacht wird. Huschke versteht, wenn ich recht sehe, wie Blume, unter der inscia uxor die Tochter und ergänzt wie dieser mater: die Mutter habe der Tochter durch die Dosbestellung schenken wollen, und wenn die Tochter nicht zugestimmt habe, so liege keine Schenkung vor und darum gehe das Eigentum nicht auf den Mann über, während wenn die Mutter die Dos als recepticia gegeben habe, dem Erwerbe des Eigentums seitens des Dosempfängers kein Hindernis entgegenstehe. Das wäre also dasselbe Resultat wie bei der Blumeschen Änderung[73]), und dieses Resultat ist

[73]) Zwar wendet Huschke gegen Blumes mater ein, dass dann vorher statt uxore gesagt sein müsste filia (was übrigens keineswegs notwendig wäre), aber ich vermag nicht zu erkennen, dass Huschke etwas anderes meint und nicht die Mutter als Dosbestellerin denkt. Denn er bemerkt: intellige matrem ut filiae

nach dem vorher Bemerkten falsch. — Versteht man aber unter der uxor inscia die schenkende Mutter, wie dies Mommsen durch Anerkennung der sachlichen Richtigkeit der Ansicht von Czyhlarz (S. 181) thut, und denkt man als Dosbesteller den Vater, den Ehemann der Mutter, wie dies Mommsen ausdrücklich sagt, so ist das sachlich richtig und kommt auf dasselbe hinaus, wie wenn man das handschriftliche maritus stehen lässt.

Sonach führt die Änderung ad 1. zu einem sachlich falschen Resultat, die Änderung ad 2. ist je nach dem damit verknüpften Sinn teils sachlich falsch, teils nicht notwendig. Wenn Mommsen in Bezug auf die zweite erklärt: ferendum non est, eodem versu maritum primum (maritus in dotem dedit) significare socerum, deinde (rem mariti non esse factam) generum, so ist zwar zuzugeben, dass in der Beziehung der beiden fast unmittelbar aufeinander folgenden Worte maritus und mariti auf verschiedene Personen eine sprachliche Härte liegt.[74]) Dass dies aber unerträglich und darum eine Änderung geboten sei, kann nicht zugegeben werden. Schon Bruns (Quid confer. Vatic. fragm. p. 146) hat bemerkt: offendit quidem, quod verba maritus diversas personas significant, at non semel tali negligentia veteres peccavere. Und dafür lassen sich Belege ganz schlagender Art beibringen. In Vat. fragm. 102 wird genau in derselben Weise das Wort pater erst vom Vater des Mannes, dann vom Vater der Tochter und dann wieder, nur durch zwei Worte getrennt, vom Vater des Mannes gebraucht.[75]) Und in der l. 34. de iure dot. 23. 3, die in engstem Zusammenhang mit fragm. Vatic. 269 steht, findet sich das Gleiche hinsichtlich des Wortes vir, welches erst den Mann der Tochter (viro in dotem adpendit), dann den Mann der Mutter (si inscia uxore vir in dotem dedisset) und dann wieder den Mann der

donaturam i. e. filiae nomine marito dedisse, qua non consentiente nulla donatio est, nam si suo nomine, dotem receptura, ut marito donaret, non video, quin mariti fiant. Ich kann das nicht anders als angegeben verstehen.

[74]) Hält man das für unerträglich und will man deshalb korrigieren, so scheint mir die Änderung des handschriftlichen maritus in vir eius viel näher zu liegen. Aber ich kann die Änderung nicht für notwendig ansehen.

[75]) L. Titius, cum esset in potestate p a t r i s, absente eo duxit in matrimonium Septiciam filiam familias, cuius nomine dotem accepit a p a t r e, postea supervenit p a t e r. —

Tochter (eo minorem dotem viro datam esse) bezeichnet. Demnach dürfen wir an dem überlieferten maritus keinen Anstoss nehmen.

Welches ist nun im Näheren der Inhalt von fragm. Vatic. 269 nach der im Vorstehenden gegen die Versuche einer Textänderung verteidigten Lesart?

Die Stelle ist nach der Inscriptio entnommen aus Ulpianus lib. 46 ad Sabinum. Da aber dieses Buch von der Novation handelt, will Lenel (l. c. N. 3) emendieren: lib. 43; in Zusammenhang damit steht seine Änderung der Inscriptio von l. 34. de iure dot. 23. 3 aus Ulpianus lib. 33 ad Sabin. in lib. 43, weil liber 33 sich nur mit der oratio Caracallae beschäftige und weil der in dieser Stelle besprochene Fall derselbe sei wie der in Vatic. fragm. 269. Gerade deshalb meint Lenel auch, es handle sich bei dem scheinbar die Worte des Sabinus wiedergebenden Anfangssatz 'ut, quod utendum — aliud esse si dotem dedit' nicht um Worte des Sabinus, sondern um ein Glossem; die Worte des Sabinus seien in l. 34. cit. enthalten. Es kann dies hier dahingestellt bleiben. Die enge Verwandtschaft von fragm. Vat. 269 und der Digestenstelle ist ja zweifellos,[76]) und es ist vollkommen unverständlich, wie Huschke zu der Ansicht kommt, dass letztere prorsus alium casum tractat. Aber immerhin ist möglich, dass Sabinus an einer andern Stelle von demselben Falle mit den in fragm. Vatic. ihm zugeschriebenen Worten gesprochen hat.

Der Fall der l. 34. cit. ist der: eine Mutter hat ihrer Tochter aurum (infectum oder factum) zum Gebrauch hingegeben, der Mann der Mutter gibt das in den Händen seiner Tochter befindliche Gold dem Manne der Tochter als Dos, die Mutter ist gestorben: wie steht es mit dem Eigentum und der Dos? Hat der Vater ohne Wissen oder gegen den Willen seiner Frau das Gold dem Manne seiner Tochter als Dos gegeben, so ist das Eigentum dem Erben der Mutter verblieben und kann von ihm vindiziert werden, und infolge der Eviktion hat der Mann der Tochter eine um so viel geringere Dos.

Dieser Fall ist der Ausgangspunkt in fragm. Vat. 269. Was die

[76]) Dafür spricht insbesondere die ausschliessliche Erwähnung des Erben der Mutter in Fragm. Vatic. Das Nächstliegende wäre doch zu sagen, dass die Mutter vindizieren kann; wenn trotzdem nur von der Vindikation des Erben die Rede ist, so erklärt sich das einfach daraus, dass in l. 34 cit. in der species facti die Mutter als gestorben genannt ist (dein mater mortua est).

Mutter der Tochter zu blossem Gebrauch übergeben hat, ist der Tochter nicht geschenkt, d. h. es ist keine Sachschenkung,[77] die Tochter hat nur den Gebrauch, nicht das Eigentum, mithin kann von einem Erwerb des Eigentums an dieser Sache seitens des Gewalthabers der Tochter nicht die Rede sein. Und selbst wenn Sachschenkung vorläge,[78] so wäre doch diese Sachschenkung an die in der patria potestas stehende Tochter nicht gültig; denn da diese nicht eigenes Vermögen haben kann und der Gewalthaber den Erwerb machen würde, so läge darin ein Verstoss gegen das Verbot der donatio inter virum et uxorem, mithin hat auch hier der Gewalthaber kein Eigentum, vielmehr verbleibt das Eigentum wie bei dem blossen utendum dare der Mutter. Anders hingegen wäre es, wenn die Mutter die Sache für die Tochter deren Manne in dotem gegeben hätte.

Sabinus sagt also ein Zweifaches.

1. Ist eine Sache bloss ad utendum der Tochter von der Mutter gegegeben, so ist das

a) keine Schenkung der Sache,

b) wenn es Sachschenkung wäre, so wäre es wegen des dann eintretenden Erwerbs des Gewalthabers eine nichtige Schenkung.

In beiden Fällen ist also die Mutter Eigentümerin der der Tochter gegebenen Sache geblieben, der Vater hat nicht das Recht, über die in den Händen seiner Tochter befindliche Sache zu verfügen.

2. Beides ist dann anders, wenn die Mutter für die Tochter deren Manne die Sache als Dos gibt.

a) Dies ist Sachschenkung (wenn auch nicht simplex donatio, so doch donatio dotis causa),

b) diese Schenkung dotis causa fällt nicht unter das Eheschenkungsverbot [79])

---

[77]) Utendum dare: l. 1 § 1, l. 19, l. 21 § 1 commod. 13. 6, l. 20 de A. v. A. P. 41. 2, l. 9 pr. de cond. ob turp. caus. 12. 5, l. 1 § 4 de O. et A. 44. 7. Darum, ob in der unentgeltlichen Überlassung des Gebrauchs der Sache eine Schenkung hinsichtlich des Gebrauchs liegt, handelt es sich hier nicht.

[78]) Wie dies trotz der etwa gebrauchten Worte ad usum filiae dare möglich wäre, denn es kann damit auch der Gegensatz zur Dos ausgedrückt sein: ich gebe dir die Sache extra dotem zu deinem speziellen Gebrauch, vgl. l. 31 § 1 de don. 39. 5 (wozu l. 9 § 3 de iure dot. 23. 3), l. 3 C. ne uxor pro mar. 4. 12.

[79]) Dass die filiafamilias dieses Erwerbs fähig ist, ergibt die früher schon angeführte l. 35 fam. erc. 10. 2. Der Trugschluss Bechmanns (II. 40 A. 2), der ihn

Diesen Gedanken kommentiert und paraphrasiert Ulpian in seiner breiten Weise.

1. Feststehend ist,

a) dass die bloss zum Gebrauche gegebene Sache nicht geschenkt ist.[80])

b) Aber auch wenn sie geschenkt wäre, so würde in gleicher Weise die einer filiafamilias gemachte Schenkung nicht gültig sein: aeque donatio non valeret, d. h. die Schenkung würde ebensowenig wie das blosse utendum dare das Eigentum auf die Tochter übertragen haben, weil dem das Eheschenkungsverbot entgegensteht.

2. Freilich wenn die Mutter — sagt Ulpian, korrespondierend dem Satze des Sabinus: aliud esse si dotem dedit — die Sache für die Tochter dem Manne derselben in dotem gegeben hätte, dann valet quod factum est. Hier handelt es sich nicht um ein blosses utendum dare, sondern um eine Schenkung der Sache, wobei die Mutter nicht das Eigentum behält, aber dieser Schenkung steht nicht, wie der simplex donatio, das Hindernis des Eheschenkungsverbots entgegen: valet quod factum est, potest enim donare filiae, d. h. in dieser Weise, durch Dosbestellung an den Mann der Tochter, kann sie der Tochter gültig schenken, denn durch eine derartige mit der dotis causa kombinierte Schenkung wird nicht dem Gewalthaber der Tochter erworben, sondern die in der Absicht, der Tochter in dieser Gestalt zu schenken, dem Manne dotis causa gegebene Sache wird Eigentum des die Dos empfangenden Mannes der Tochter (cum res mariti fiant).[81])

Gegen dieses Argument für die Gültigkeit der in der Dosbestellung liegenden Schenkung an die filiafamilias — dass nicht der Gewalthaber,

---

bestimmt, das potest donare filiae von einer Schenkung im weiteren uneigentlichen Sinne zu verstehen — eine Schenkung, wobei die geschenkten Sachen unmittelbar in das Eigentum eines Dritten übergehen, sei eben keine Schenkung —, ist oben (S. 8 a. E.) erörtert worden.

[80]) Vgl. l. 53 § 1 de don. i. v. et u. 24. 1.

[81]) Bechmann II. 39 gibt die Worte Ulpians nicht genau wieder. Ulpian sagt nicht: „die Mutter kann dem Manne eine Dos bestellen; obschon die in patria potestate stehende Tochter daraus einst die actio rei uxoriae erwirbt, ja, obschon diese Klage möglicherweise auch dem Vater zustehen kann, so liegt doch keine Schenkung vor, da die Dotalobjekte Eigentum des Mannes werden.“ Vielmehr heisst es: Die Dosbestellung ist gültig, denn die Mutter kann der Tochter schenken, da die Dotalobjekte Eigentum des Mannes werden, obschon u. s. w.

sondern der Mann der Tochter das Eigentum erwirbt — könnte vielleicht ein Bedenken erhoben werden: dass nämlich zwar der Gewalthaber das Eigentum nicht erwirbt und überhaupt während der Ehe, solange die Dos deren Zwecken dient, kein Recht hat, dass ihm aber doch bei Auflösung der Ehe die actio rei uxoriae zusteht und er insofern durch die schenkweise Dosbestellung einen Erwerb macht, mithin im Hinblick auf die Zukunft das Verbot der Eheschenkung als nicht schlechthin unzutreffend erscheint. Diesen Zweifelsgrund könnte man in dem quamvis quandoque u. s. w. zu finden geneigt sein, und dann würde Ulpian eben dieses Bedenken als nicht begründet beiseite schieben.

In Wahrheit ist aber diese Auffassung durch die Worte ausgeschlossen. Wäre das der Gedanke Ulpians, so würde er haben sagen müssen: quamvis quandoque, si filia in patria potestate sit, pater adiuncta filiae persona habeat rei uxoriae actionem (Ulp. fr. VI. 6. fr. Vatic. 116). Statt dessen heisst es: quamvis quandoque filia vel sola, si iuris sui fuerit, vel voluntate filiae pater habet rei uxoriae actionem. Mithin liegt das Bedenken auch vor, wenn die Tochter sui iuris und ein Erwerb des die Gewalt nicht mehr habenden Vaters ausgeschlossen ist, es kann also das Bedenken nicht erblickt sein in dem Erwerbe der actio rei uxoriae durch den Ehemann der Mutter. Der Gedanke Ulpians ist vielmehr der: die Mutter kann der in der väterlichen Gewalt befindlichen Tochter in dieser Weise, durch dotis constitutio, schenken, ohne dass diese Schenkung, wie andere Schenkungen, von dem Verbot der Eheschenkung getroffen wird, weil der Mann der Tochter Eigentümer der betreffenden Sache wird, obgleich dieser Erwerb des Mannes kein definitiver ist, sondern dereinst bei Auflösung der Ehe ihm wieder entzogen wird durch die actio rei uxoriae: ist die Tochter sui iuris, so ist sie die allein klagberechtigte, steht sie noch in der väterlichen Gewalt, so hat der Vater zusammen mit der Tochter die Klage. Der Satz quamvis quandoque filia — habeat rei uxoriae actionem bezweifelt also nicht, dass das durch dotis constitutio erfolgte filiae donare eine wirkliche die Tochter bereichernde schenkweise Zuwendung ist. Er sagt vielmehr: obgleich der Mann der Tochter das Eigentum nicht definitiv erwirbt, sondern ihm dasselbe nur während der Dauer der Ehe zusteht, indem die Tochter bezüglich mit ihrem Willen der Vater dereinst bei Auflösung der Ehe die Klage auf Restitution hat, so kommt das doch nicht in Betracht; ent-

scheidend ist lediglich der Umstand, dass zur Zeit der in der Dosbestellung liegenden Schenkung an die Tochter der Mann und nicht der Gewalthaber der Tochter das Eigentum erlangt. Die Entscheidung der Frage nach der Gültigkeit der Schenkung bemisst sich nach den Verhältnissen der Gegenwart, nicht der Zukunft.[82]) Das künftige Schicksal des der Tochter so schenkweise Zugewandten ist gleichgültig, mag der Vater bei Auflösung der Ehe überhaupt keinen Erwerb machen, wie dann, wenn die Tochter sui iuris ist, oder mag er, wenn er die patria potestas hat, in der actio rei uxoriae in gewissem Sinne einen Erwerb machen: dieser Erwerb ist jedenfalls ein von dem sonstigen Erwerb des Gewalthabers durch das Hauskind ganz verschiedener, da das eigentliche Subjekt der Klage auch hier die Tochter ist.[83])

Nach dieser Paraphrasierung des Satzes von Sabinus erkennt nun Ulpian in den Worten "merito igitur Sabinus ait, si inscia uxore vel invita maritus in dotem dedit, rem mariti non esse factam, et ideo vindicari ab herede mulieris posse" eine von Sabinus aus seinem Satze "ut quod utendum mater filiae dedit, non videatur donatum, et si donatum sit, non valeat, in potestate filia constituta patris" gezogene Folgerung als richtig an: wenn der Ehemann der Mutter die von dieser der Tochter, sei es ad utendum oder schenkweise, gegebenen Sachen ohne oder wider Willen der Mutter dem Manne der Tochter in dotem gegeben hat, so wird dieser nicht Eigentümer der Sachen, sie bleiben vielmehr in dem einen wie in dem anderen Falle im Eigentum der Mutter[84]) — dort weil die Mutter gar nicht das Eigentum aufgeben wollte, hier weil wegen des Verbots der Schenkung unter Ehegatten mit der Schenkung auch die Eigentumsübertragung nichtig ist;[85]) und daher kann der Erbe der Mutter die Sachen vindizieren.[86])

---

[82]) Ebenso wie die Ausnahme von der Insinuationsvorschrift in l. 31 C. de iure dot 5. 12 sich nach dem Zeitpunkte der durch die Dosbestellung bewirkten Schenkung richtet, und nicht deshalb, weil bei Auflösung der Ehe der diese Ausnahme begründende Dotalcharakter der Zuwendung wegfällt, die ohne Insinuation gültig vorgenommene Schenkung nunmehr wegen Mangels der Insinuation nichtig wird.

[83]) Vgl. Czyhlarz S. 302 ff.

[84]) L. 14 C. 5. 12: pater de bonis uxoris suae invitae nullam dandi (dotem) habet facultatem.

[85]) Wäre der Anfangssatz (ut quod utendum u. s. w.) Glossem und schlösse sich die Kommentierung Ulpians an die Erörterung über den in l. 34. D. 23 3.

Dem fügt Ulpian hinzu: ist aber diese Dosbestellung seitens des Vaters mit Wissen, und insofern mit Einwilligung, der Mutter erfolgt, so ergibt die Konsequenz: in dotem conversum esse id, quod datum est. War auch die Mutter in dem einen wie dem anderen Falle zunächst Eigentümerin der in den Händen der Tochter befindlichen Sachen geblieben, so wird doch infolge davon, dass die Mutter die Zustimmung gibt, vom Vater gültig darüber verfügt, so dass die Mutter und ihr Erbe die Vindikation nicht hat; das, was die Mutter, zunächst ohne das Eigentum zu verlieren, der Tochter gegeben hatte, ist jetzt infolge des Gestattens der Dosbestellung gültige Dos geworden,[87]) wie es gültige Dos von Anfang an gewesen wäre, wenn die Mutter selbst für die Tochter die Sachen in dotem gegeben hätte.[88]) Auch von solcher animo donandi gegenüber der Tochter erfolgten Zustimmung zur Dosbestelluug seitens des Vaters ist zu sagen: valet quod factum est, potest enim donare filiae, cum res mariti fiant.

Bei dieser, wie mir scheint, unanfechtbaren Auffassung von Fragm. Vatic. 269 liefert die Stelle den vollen Beweis dafür, dass in der animo donandi vorgenommenen Dosbestellung eine Schenkung an die dotierte Frau enthalten sein kann. Dass sie es wirklich ist, dazu ist nichts weiter erforderlich, als dass auf seiten der Frau die Übereinstimmung mit der causa donandi vorliegt.

---

behandelten Fall an, so würde die Schlussfolgerung des Sabinus (merito igitur u. s. w.) sich nur auf den Fall des utendum dare beziehen. Die gleiche Konsequenz tritt aber natürlich auch für den Fall der beabsichtigten Sachschenkung ein. Dass, wie Bechmann II. 38 A. 2 annimmt, das aliud esse, si dotem dedit, sich nur auf den unmittelbar vorhergehenden Satz et si donatum sit, nicht aber auf den ersten beziehe, kann ich nicht anerkennen.

[86]) Die Möglichkeit, an die Bechmann II S. 40. A. 1 denkt — könnte man freilich annehmen, dass die Worte 'et ideo vindicari ab herede mulieris posse' nicht von Sabinus, sondern von Ulpian herrühren, so liesse sich denselben auch der Sinn beilegen: in dem utendum filiae dare liege keine Schenkung, also könne auch von einer Konvaleszenz derselben durch den Tod der Frau keine Rede sein — ist durch die oratio obliqua ausgeschlossen. Der Grund, weshalb gerade der Erbe genannt ist, ist der oben S. 67 Anm. 76 angegebene.

[87]) Vgl. auch l. 34 de don. i. v. et u. 24. 1.

[88]) Die Dosbestellung ist dann in Wahrheit von der zustimmenden Mutter ausgegangen. Vgl. l. 51 de iure dot. 23. 3: si res, quas filiae emancipatae pater donavit, ex voluntate eius postea in dotem pro ea datae sunt, a filia dotem, non a patre videri datam.

Strafprozessbegründung und Strafklagerhebung

bei Erlass und bei Wegfall

eines Eröffnungsbeschlusses

von

Dr. Friedrich Oetker,
Professor in Würzburg.

Inhalt



§ 1. Vorbemerkung.

Das Hauptverfahren im Reichsstrafprozesse wird regelmässig eingeleitet durch gerichtlichen Eröffnungsbeschluss. Zuweilen aber sieht das Gesetz von einem förmlichen Eröffnungsbeschlusse ab und begnügt sich dafür mit blossen Surrogaten. Die juristische Natur dieser stellvertretenden Prozessakte ist bisher nicht erkannt worden. Ja es fehlt an jeder eindringenden Untersuchung darüber, obwohl gerade die Durchforschung dieser besondern Verfahrensarten lehrreiche Einblicke eröffnet in die Struktur des Strafprozesses, in das Wesen der Prozessbegründung und der Klagerhebung. Ein volles Verständnis des normalen Strafverfahrens ist nicht zu gewinnen ohne sorgsame Beachtung der Ausnahmeprozeduren.

Bei dem korrelaten Verhältnis von Regel und Ausnahme aber würde auch die isolierte Bearbeitung der anomalen Prozessbegründung und Klagerhebung nicht zum Ziele führen. Vergleichende Berücksichtigung der Regelerscheinungen ist unerlässlich. Daher ist eine Skizze der normalen Prozesseinleitung und Klagerhebung vorauszuschicken. Aber auch auf diesen Gebieten ist die Arbeit nur zum kleineren Teile bereits geschehen. Es wird daher in der Folge mehrfach unvermeidlich, Grundanschauungen vorzutragen, die von den herrschenden Ansichten abweichen, ohne dass ihnen eine ausführliche Motivierung beigegeben werden könnte.

Besondere Prozesseinleitungsformen hat die Strafprozessordnung geschaffen in den Fällen des § 211 und in den Verfahren bei amtsrichterlichen Strafbefehlen, §§ 447 fg., nach vorangegangener polizeilicher Strafverfügung, §§ 453 fg., und bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle, §§ 459 fg. Im Privatklagprozess ist zwar die Klagerhebung eigenartig gestaltet, aber

der Entscheid über Eröffnung oder Nichteröffnung des Hauptverfahrens erfolgt nach den Grundsätzen des Normalprozesses; es ist daher diese Prozedur nicht mit in Betracht zu ziehen. Dagegen verbindet sich mit abweichender Prozesseröffnung stets eine anomale Art der Klagerhebung.

Die Eigentümlichkeiten nach § 211 bestehen darin, dass vor dem Schöffengericht ohne schriftlich erhobene Anklage und ohne eine Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens zur Hauptverhandlung geschritten wird, wenn der Beschuldigte entweder sich freiwillig stellt òder infolge einer vorläufigen Festnahme dem Gerichte vorgeführt oder nur wegen Übertretung verfolgt wird, wobei der wesentliche Inhalt der Anklage in den Fällen der freiwilligen Stellung oder der Vorführung in das Sitzungsprotokoll, andernfalls in die Ladung des Beschuldigten aufzunehmen ist (Abs. 1); dass ferner der Amtsrichter im Falle der Vorführung des Beschuldigten mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft ohne Zuziehung von Schöffen zur Hauptverhandlung schreiten kann, wenn der Beschuldigte nur wegen Übertretung verfolgt wird und die ihm zur Last gelegte That eingesteht (Abs. 2).

Amtsrichterliche Strafbefehle können mit Einspruch, polizeiliche Strafverfügungen und Strafbescheide der Verwaltungsbehörden wegen Zoll-, Steuer- etc. etc. -Kontravention mit Antrag auf gerichtliche Entscheidung angefochten werden, §§ 449, 453, 459. Ist Einspruch, Antrag rechtsgültig und rechtzeitig angebracht, so wird zur Hauptverhandlung geschritten, wieder ohne dass es der Einreichung einer Anklageschrift oder einer Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens bedarf, §§ 451, 456, 462.

Die Einleitung des Hauptverfahrens vollzieht sich sonach in diesen Fällen ohne förmliches Eröffnungsdekret unmittelbar durch Veranlassung der Hauptverhandlung. Unentbehrlich aber ist auch hier die Prüfung des Richters, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der besonderen Prozedur vorliegen oder nicht. Verneinenden Falls wird der Antrag darauf durch formulierte, beschwerdefähige Entscheidung abgewiesen. Die Zulassung des Gesuchs dagegen geschieht nicht durch formuliertes, sondern durch latentes Dekret. Der thatsächlichen Eröffnung des Verfahrens entspricht ein Eröffnungswille des Richters, aber er kommt auch nur in ihr, nicht in einem formulierten Beschluss zum Ausdruck. Das Dekret ist „latent“ nicht in dem Sinne, dass es ihm überhaupt an einer Er-

klärungsform fehle. Richterliche Dekrete sind niemals blosse Willensentschliessungen, sondern stets Willenserklärungen.[1]) Aber an Stelle der üblichen Publikationsweise durch Verkündung oder Zustellung einer Dekretsformel tritt hier die Bekanntgabe des Richterwillens rebus ipsis et factis, durch schlüssige Thatsachen, durch Vornahme der relevanten Prozessakte selbst.

Sehr starke Abweichungen von der Norm zeigt im Verfahren nach Strafbefehl, Strafverfügung, Strafbescheid die Klage. Den drei Prozeduren ist bei erheblichen sonstigen Differenzen die Rechtserscheinung gemeinsam, dass ein Akt, der an sich nicht Klage, vielmehr zum Vollstreckungstitel zu werden bestimmt ist (Strafbefehl u. s. w.), unter gewissen Voraussetzungen den Charakter der Klagerhebung annimmt.

Die Klage des § 211 wird durchweg als Klage unmittelbar beim erkennenden Gericht und somit als die eigentlich naturgemässe, im Ordinarverfahren durch das Erfordernis vorgängigen klagzulassenden Eröffnungsbeschlusses verdrängte Klagform bezeichnet. Diese Charakterisierung ist keineswegs eine ausreichende juristische Konstruktion des Klagvorgangs und für den dritten Klagtypus des § 211 — Klage bei Verfolgung wegen Übertretung — direkt unrichtig, indem hier der Verhandlung und somit der Klage vor dem erkennenden Gericht in Gestalt des Ladungsantrags ein anderweiter Klagerhebungsakt allerdings vorangeht.

Eine sehr interessante Bildung ist endlich die Klagzulassungsform des § 265: „Wird der Angeklagte im Laufe der Hauptverhandlung noch einer anderen That beschuldigt, als wegen welcher das Hauptverfahren wider ihn eröffnet worden, so kann dieselbe auf Antrag der Staatsanwaltschaft und mit Zustimmung des Angeklagten zum Gegenstande derselben Aburteilung gemacht werden." Als Inzidentklage findet diese in einem anhängigen Hauptverfahren neu erhobene Klage ein Seitenstück nur an der Widerklage des Privatklagprozesses. Der Zulassungsbeschluss, der zugleich als Verbindungsbeschluss für die konnexen Strafsachen wirkt, bildet ein Mittelglied zwischen formuliertem und latentem Eröffnungsdekret. Denn der Beschluss ist formuliert und bedeutet für die neu erhobene Klage in der That Eröffnung des Hauptverfahrens, hat aber nicht die Rechtswirkungen eines formulierten Eröffnungsbeschlusses, ist nament-

---

[1]) Binding, Grundriss des Strafprozessrechts § 86.

lich frei widerruflich und zeigt darin Verwandtschaft mit der bloss latenten Eröffnung.

Durchweg sind im Anschluss an die Typen der Prozessbegründung und der Klagerhebung die Rechtshängigkeitswirkungen zu bestimmen.

Erster Abschnitt.

§ 2. Eröffnungsbeschluss und Klagerhebung.

I. Die normale Strafprozessbegründung.

1. Gegenstand des Sachurteils im Strafprozesse soll nur eine Strafsache sein, die in gültig begründetem Hauptverfahren zur Kognition des erkennenden Gerichts gekommen ist.

Die Reichsstrafprozessordnung geht von der Auffassung aus, dass die Eröffnung des Hauptverfahrens normaler Weise nicht ebenso wie die Begründung eines Civilprozesses lediglich von einem bestimmten formellen Akte des Klägers, der Anstellung einer dem gesetzlichen Klagbegriff entsprechenden Klage, abhängig sein dürfe, dass vielmehr im Interesse des Beschuldigten eine richterliche Prüfung des Klaginhalts in thatsächlicher und rechtlicher Hinsicht einzutreten habe, ehe das Übel des Hauptverfahrens über ihn verhängt werde. Diesem Zwecke dient das sogenannte Zwischenverfahren.[2]) Die genügend befundene Klage wird durch einen formulierten gerichtlichen Eröffnungsbeschluss zum Hauptverfahren zugelassen.

Den Inhalt des Beschlusses gibt § 205 Abs. 1 StPO. an: es ist in ihm die dem Angeklagten zur Last gelegte That unter Hervorhebung ihrer gesetzlichen Merkmale und des anzuwendenden Strafgesetzes, sowie das Gericht zu bezeichnen, vor welchem die Hauptverhandlung stattfinden soll.

---

[2]) Der Ausdruck „Zwischenverfahren" wird hier und in der Folge (ebenso von Ullmann, Lehrbuch §§ 100 fg.) zur Bezeichnung des fraglichen Prozessstadiums gleichmässig gebraucht, mag eine Voruntersuchung vorangegangen sein oder nicht. Ein kurzer terminus technicus ist unentbehrlich. Und der Verfahrensabschnitt liegt ja immer zwischen Ermittelungsverfahren (und bezw. Voruntersuchung) und Hauptverfahren.

Ein solcher Eröffnungsbeschluss ist im normalen Prozessgange der Begründungsakt des Hauptverfahrens.

In Ermangelung eines Eröffnungsbeschlusses ist ein Hauptverfahren nicht anhängig und es fehlt der Auftrag zum Sachurteil, das sich nach § 263 StPO. zu beziehen hat auf die im Eröffnungsbeschlusse bezeichnete That, wie sich dieselbe nach dem Ergebnisse der Verhandlung darstellt.

Ein Äquivalent fehlenden Eröffnungsbeschlusses gibt es im Normalverfahren nicht. Fixierung des Verhandlungsthemas durch das Gericht bei Beginn der Hauptverhandlung, Verzicht der Parteien können über den Mangel des Beschlusses nicht hinweghelfen. Das Erfordernis ist nicht dispositiv.

Ein Eröffnungsbeschluss, der auch unter Zuhülfenahme der Anklageschrift[3]) — im Falle des § 206 StPO., in dem Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen wird trotz Einstellungsantrags der Staatsanwaltschaft, ist solche vor dem Beschlusse nicht vorhanden — nicht erkennen lässt, welche konkrete That des Angeklagten von ihm gemeint ist, steht auf einer Stufe mit einer schlechthin unverständlichen Urteilsformel.[4]) Dekrete unerkennbaren Inhalts verfehlen notwendig die gewollte Rechtswirkung. Die Rechtslage ist die gleiche, als ob Eröffnungsbeschluss überhaupt nicht ergangen sei.

Nicht in gleichem Masse wesentlich ist der weiter durch § 205 geforderte Inhalt. Da die Subsumtion unter das Strafgesetz aus der That logisch folgt, so ist in dieser Hinsicht das Gericht der Hauptverhandlung zur Ergänzung des unvollständigen Beschlusses im stande. Die Ergänzung ist zugleich notwendig im Hinblick auf die §§ 263 fg. StPO. und besonders das Verteidigungsrecht des Angeklagten. Es bedarf dazu eines Gerichtsbeschlusses, wie auch die authentische Interpretierung des Eröffnungsbeschlusses aus der Anklageschrift nicht dem Vorsitzenden allein zukommt.[5]) Die Ergänzung ist nicht eine auf die Sachleitung bezügliche Anordnung, auf welche § 237 StPO. Anwendung zu finden hätte.

---

[3]) Vgl. z. B. RG. 2. StrS. E. Bd. 21 S. 65.

[4]) Vgl. RG. 2. StrS. E. Bd. 10 S. 58.

Unrichtig 3. StrS. R. Bd. 5 S. 583 fg. (Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils war geboten).

[5]) Wie RG. 2. StrS. E. Bd. 24 S. 64 fg. anzunehmen scheint. Dagegen spricht der gleiche Senat E. Bd. 21 S. 66 ausdrücklich von der Pflicht des „Gerichts" zur Interpretierung des undeutlichen Beschlusses.

Da § 242 StPO. die Vorlesung eines vollständigen Eröffnungsbeschlusses bei Beginn der Verhandlung verlangt, so liegt in Versäumung der Ergänzung, der Interpretierung des unvollständigen Beschlusses ein Prozedurfehler, der im Hinblick auf die §§ 263 fg. zur Aufhebung des Urteils führen kann. Der Mangel ist als kausal für den Urteilsinhalt anzusehen, wenn er eine Beschränkung der Verteidigung zur Folge gehabt hat.[6]) Prozessgründungsakt für das Hauptverfahren aber ist auch der unvollständige Beschluss, wenn nur eine individualisierte That eines bestimmten Angeklagten erhellt.

Der Eröffnungsbeschluss bedarf der Zustellung an Staatsanwaltschaft und Angeklagten. Erst in der Zustellung an eine Partei liegt massgebende Erklärung des Eröffnungswillens, „Erlass" des Beschlusses.

2. Eröffnungsbeschluss ist immer nur auf einen gesetzentsprechenden Antrag des Staatsanwalts hin zulässig. Dieser Antrag kann, wenn Voruntersuchung stattgefunden hatte, entweder auf Eröffnung des Hauptverfahrens unter Einreichung einer Anklageschrift (§ 198) oder auf definitive („Ausser-Verfolgung-Setzen") oder vorläufige Einstellung des Verfahrens gehen, § 196 StPO. In Ermangelung einer Voruntersuchung lautet der Antrag auf Eröffnung und erfolgt durch Anklageschrift.

3. Die Vollmacht zur Rechtsprechung für die Gerichtsbehörde involviert die Vollmacht zur Eröffnung des Hauptverfahrens, mag auch eine andere Gerichtsabteilung zur Eröffnung, eine andere zur Aburteilung berufen sein (Eröffnung durch Amtsrichter, Aburteilung durch Schöffengericht; Eröffnung durch Strafkammer mit drei Richtern, Aburteilung durch Schwurgericht oder Strafkammer mit fünf Richtern; Eröffnung durch 1., Aburteilung durch vereinigten 2. und 3. Strafsenat des Reichsgerichts). Identität der eröffnenden und erkennenden Gerichtsabteilung kann nur allenfalls für die Amtsrichter als Einzelrichter (in Forst- und Feldrügesachen nach § 3 Abs. 3 EG. zu StPO.) vorkommen.

Zur Eröffnung des Hauptverfahrens vor dem Spruchgericht einer andern Gerichtsbehörde bedarf es einer besondern gesetzlichen Vollmacht. Solche ist im § 207 Abs. 1 StPO. dem Landgericht erteilt

---

Korrekt das Verfahren in dem bei Goltd. Bd. 35 S. 321 mitgeteilten Rechtsfall. John's (Komm. Bd. II S. 676 fg.) Polemik gegen das Reichsgericht geht fehl, sein eigener Lösungsversuch ist prozessualisch unstatthaft.

[6]) Vgl. z. B. RG. 4. StrS. bei Goltd. Bd. 43 S. 396.

gegenüber allen Schöffengerichten seines Bezirks, wenn ein solches für zuständig erachtet wird. Und § 75 GVG. ermächtigt ferner das Landgericht, unter bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen die sachliche Zuständigkeit eines ihm untergeordneten Schöffengerichts durch Überweisung zu begründen und das Hauptverfahren vor diesem zu eröffnen.

Bei Nichtangabe eines anderen Gerichts im Beschlusse kann die Eröffnung des Hauptverfahrens nur auf das beschliessende Gericht selbst bezogen werden.

4. Der Eröffnungsbeschluss ist zuweilen mit sofortiger Beschwerde anfechtbar[7]), für das beschliessende Gericht selbst stets unwiderruflich.

Mit seiner Rechtskraft ist die Verpflichtung des Gerichts zur Durchführung des Hauptverfahrens begründet, vorausgesetzt, dass nicht diese Durchführung infolge rechtlicher Hindernisse unmöglich wird.

Eine keineswegs einfache, bisher nicht genügend untersuchte und in Kürze nicht zu erledigende Frage ist es, ob und eventuell in welchem Umfange der rechtskräftige Eröffnungsbeschluss Mängel des Verfahrens, einen Defekt an Gültigkeitsbedingungen der Prozedur, zu heilen vermag. Sicher ist, dass die spezifischen Gültigkeitsbedingungen des Beschlusses suppliert werden, dass namentlich Mängel des vorgängigen Klageakts, des staatsanwaltschaftlichen Antrags, in der Folge nicht mehr zur Einstellung des Verfahrens führen können; sehr zweifelhaft ist, ob mit der Rechtskraft des Beschlusses auch ein Prozessvoraussetzungsmangel für das Hauptverfahren als saniert zu gelten hat; sicher aber wiederum, dass der Beschluss nicht im voraus später eintretende oder hervortretende Mängel beseitigen kann, vielmehr in solchem Falle, wenn beispielsweise der Angeklagte demnächst geisteskrank oder seine Strafunmündigkeit bekannt wird, alsbaldige Einstellung des Verfahrens geboten ist.[8])

II. Die normale Klagerhebung.

1. Klagen heisst im Strafprozesse: einen bestimmten staatlichen Strafanspruch gegen eine bestimmte Person in relevanter Weise erheben.

[7]) Ausdrücklich wird im Gesetze Beschwerde nur zugelassen, wenn abweichend vom Antrage der Staatsanwaltschaft die Verweisung an ein Gericht niederer Ordnung ausgesprochen worden ist, § 209 Abs. 2. Es gibt aber weitere Fälle der Beschwerde.

[8]) Vgl. hierzu Binding, Grundriss des Strafprozessrechts § 104.

Das Klagen dauert im Straf-, wie im Civilprozesse, bis zum rechtskräftigen Urteil. Der Anspruch wird fortgesetzt erhoben, wird in jedem Momente des Prozesses ideell von neuem geltend gemacht. Die Parteien sind Kläger und Beklagter, nicht weil einmal zwischen ihnen ein Klageakt sich vollzogen hat, sondern weil sie während des ganzen Prozesses klagen, beklagt werden.

Die Prozessordnungen verlangen aber — von vereinzelten Ausnahmen abgesehen — vom Kläger neben der fortgesetzten Bitte um Recht noch einen einzelnen bestimmten Klageakt, um an diesen, direkt oder vermittelt durch einen gerichtlichen Beschluss, die Wirkung der Prozessbegründung zu knüpfen. So entsteht die durchgängig übersehene Doppelbedeutung von „Klage": im Sinne des einzelnen Klagerhebungsaktes, des factum transiens, und des fortgesetzten Klagens, des factum permanens.[9]) Über dem initiativen einzelnen Klageakt darf nicht die Permanenz des Klagens verkannt werden.[10]) Die ganze Prozessführung des Klägers steht im Dienste seines dauernden Rechtsschutzbegehrens, der permanenten Klage. Klagrücknahme, soweit sie dem Kläger gestattet ist, macht nicht den Klagerhebungsakt ungeschehen — Thatsachen können um ihre Wirkung gebracht, aber nicht aus der Welt geschafft werden —, hebt

[9]) Gelegentliche Anklänge an die richtige Auffassung finden sich bei Glaser. Interessant z. B. Handbuch Bd. II S. 8, wo geschieden wird zwischen dem bleibenden wesentlichen Inhalt der Strafklage und den Erfordernissen der Erklärungen des Klägers, durch welche bestimmte prozessuale Teilaufgaben erfüllt werden.

[10]) Die Permanenz der Klage kommt sehr hübsch zum Ausdruck in § 433 Abs. 2 StPO.: „War die Privatklage darauf gestützt, dass der Beschuldigte wider besseres Wissen in Beziehung auf den Anderen eine unwahre Thatsache behauptet oder verbreitet habe, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet ist, so kann die Klage nach dem Tode des Klägers von den Eltern, den Kindern oder dem Ehegatten des letzteren fortgesetzt werden." Die aufzunehmende Klage ist selbstverständlich nicht der Klagerhebungsakt als factum transiens, sondern die während des ganzen Prozesses permanente Klage, nur muss sie beim Eintritt in der speziellen Gestalt der Verleumdungsklage bestehen. War z. B. wegen Verleumdung geklagt, wegen einfacher Beleidigung eröffnet, so ist Succession jetzt unmöglich, während sie möglich sein würde, wenn der Kläger erst nach Verkündung eines abweichend vom Eröffnungsbeschluss wegen Verleumdung verurteilenden Erkenntnisses gestorben wäre u. s. w. Die bisher ungenügend interpretierte Vorschrift ist auch für den Begriff der Klagbesserung von grosser Bedeutung.

vielmehr als Abstandnahme von weiterem Klagen, als Verzicht auf Fortsetzung des Prozesses, als renuntiatio litis den Prozess auf unter Reservation des Anspruchs.[11]) Fiele der vergangene Klageakt mit dem Klagen zusammen, so würde es an einem Objekt der Rücknahme fehlen. Weil die Partei noch jetzt Kläger ist, sich des Klagens noch nicht entäussert hat, sondern in ihm begriffen ist, so kann sie die schwebende Klage fallen lassen, womit dann der Prozess ein Ende hat und die Wirkungen der Prozessbegründung aufgehoben werden. Schliesst das Recht Klagrücknahme aus, so wird der Kläger nicht sowohl bei dem einstigen Klagerhebungsakt, vielmehr bei seinem Klagen festgehalten; er ist mit Willen Kläger geworden und bleibt es nun auch wider Willen.

2. In wichtigern und schwierigern Strafsachen erfordert das Gesetz nach näherer Vorschrift des § 176 eine dem Hauptverfahren vorgängige gerichtliche Voruntersuchung. Diese ist zwar in der StPO. wesentlich inquisitorisch geblieben, steht aber doch insofern unter der Herrschaft des Anklagegrundsatzes, als sie nur auf Antrag des Staatsanwalts eingeleitet wird und diesem Antrage die Bedeutung öffentlicher Klage zukommt, §§ 151, 168, 177 StPO.

3. Den Abschnitten des Prozesses entsprechend sind Klagstadien zu unterscheiden. Das Klagen beginnt beim Untersuchungsrichter, setzt sich fort beim Gericht des Zwischenverfahrens und endet beim erkennenden Gericht (vorbehaltlich einer Weiterführung beim Rechtsmittelgericht). Bei Wegfall der Voruntersuchung reduzieren sich die Klagstadien auf zwei.[12])

---

[11]) Die zurückgenommene Privatklage kann nicht von neuem erhoben werden, § 432 StPO., wohl bleibt öffentliche Klage möglich, weil der Strafanspruch fortbesteht.

Im Civilprozess behält die Partei auch die Klagemacht, § 271 CPO.

[12]) Eine Modifikation tritt insofern ein, als im Zwischenverfahren auf Antrag des Angeschuldigten oder von Amtswegen Eröffnung oder Ergänzung der Voruntersuchung beschlossen werden kann, §§ 199, 200 StPO. Es hat dann die Klage beim Gericht des Zwischenverfahrens wider Erwarten des Klägers die Wirkung, den Prozess in das Stadium der Voruntersuchung zu bringen (Eröffnung einer solchen) oder zurückzubringen (Anordnung der Ergänzung), und es erneuert sich demnächst nach Erledigung oder Ergänzung der Voruntersuchung das Stadium des Zwischenverfahrens, wobei die Initiative ganz wie sonst dem Staatsanwalt überlassen ist; die Eigentümlichkeit besteht also nur darin, dass Voruntersuchung

Das Klagen beim Untersuchungsrichter und das Klagen beim Gericht des Zwischenverfahrens verhalten sich zum Klagen beim erkennenden Gericht wie unerlässliche Vorbereitungshandlungen zur Ausführung.[13]) Voruntersuchung und Zwischenverfahren sind Prozessbestandteile; aber es verdienen die betreffenden Prozeduren den Namen und erfüllen den Begriff der Voruntersuchung, des Zwischenverfahrens genau genommen nur, wenn ein Hauptverfahren sich angeschlossen hat, da andernfalls das Ganze, der Prozess, nicht zur Entstehung gekommen ist, in das sie sich als Teile hätten eingliedern können. Isoliert geblieben sind „Voruntersuchung" und „Zwischenverfahren" (sit venia verbis!) zwar gerichtliche Verfahren, ergeben aber einen Strafprozess nicht.

Im weiteren Sinne gehören Voruntersuchung und Zwischenverfahren mit zum Begriff des Strafprozesses. Der Prozess im engern Sinne, das Hauptverfahren, bezielt die urteilsmässige Erledigung des erhobenen Strafanspruchs. In dieser engern Bedeutung beginnt der Prozess nicht schon mit der Klagerhebung, sondern im Normalverfahren erst mit dem Eröffnungsbeschlusse.

4. Von den drei möglichen Klagstadien werden die beiden ersten, das Klagen beim Untersuchungsrichter und beim Gericht des Zwischenverfahrens, je durch einen charakteristischen Klageakt, Antrag auf Voruntersuchung, Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens oder bei vorangegangener Voruntersuchung alternativ auf Eröffnung des Hauptverfahrens oder Ausser-Verfolgung-Setzen des Angeschuldigten oder vorläufige Einstellung des Verfahrens, eingeleitet. Auch in den beiden letztern Anträgen liegt Fortführung der Klage. Denn das Gericht ist bei der Be-

---

oder ein ergänzendes Stück Voruntersuchung stattfindet ohne darauf gerichteten Antrag des Staatsanwalts.

Die gleiche Sachbehandlung ist geboten, wenn unmittelbar Eröffnung des Hauptverfahrens beantragt war, das Gericht aber einen Fall obligatorischer Voruntersuchung annimmt. Kann schon die nur zulässige Voruntersuchung ohne Antrag eröffnet werden, so muss dies boi gebotener Voruntersuchung dem Gericht erst recht freistehen. Dagegen wäre unmittelbare Eröffnung des Hauptverfahrens auf blossen Voruntersuchungsantrag hin ein schwerer Prozedurfehler, denn es fehlte an einer für das Hauptverfahren genügenden Klageerhebung.

[13]) Die Rechtslage wird durchweg verkannt. Vgl. z. B. v. Kries, Lehrbuch S. 509: da der Antrag auf Voruntersuchung bereits öffentliche Klage sei, so erscheine nochmalige Klagerhebung undenkbar.

schlussfassung an die Anträge der Staatsanwaltschaft nicht gebunden, § 204 StPO., wird also auch durch den Einstellungsantrag zur Eröffnung des Hauptverfahrens in den Stand gesetzt. Der Kläger legt seine Klage dem Gericht zur weiteren Verfügung vor und stellt zugleich einen nicht verbindlichen Antrag.

Ist dem Kläger der Zugang zum erkennenden Gericht, ist das Hauptverfahren eröffnet worden (im Falle vorangegangener Voruntersuchung vielleicht trotz Einstellungsantrags), so äussert sich nun sein Klagen, ohne dass ein weiterer bestimmter Klageakt von ihm gefordert wird,[14]) in seiner gesamten rechtsverfolgenden Thätigkeit vor dem Gericht. Schon seine blosse Assistenz bei der Hauptverhandlung, wenn auch nur als stumme Person, ist rechtsverfolgendes Verhalten, Klagführung. Der anwesende Kläger ist die personifizierte Klage, in ihm ist die Klage gegenwärtig. Auch wenn der Staatsanwalt sich in der Verhandlung ganz passiv verhalten und in seinem Schlussvortrage nur erklärt haben sollte, er überlasse die Beurteilung des Thatbestandes dem Ermessen des Gerichts, hätte er geklagt.

Missverständlich wäre, gegen die Permanenz der Klage in der Voruntersuchung und im Zwischenverfahren die wesentlich inquisitorische Gestaltung des Verfahrens einzuwenden. Das Parteirecht ist allerdings noch wenig entwickelt, aber die Thätigkeit des Richters steht in diesen Stadien, wie im Hauptverfahren, im Dienste des fortdauernden Klagbegehrens.

5. Der Strafanspruch bleibt bei Aufrechterhaltung des Klagfundaments, d. h. des gleichen individuellen, dem Beschuldigten zur Last gelegten Faktums, von Anfang bis zu Ende derselbe, mögen auch die thatsächlichen und rechtlichen Anführungen des Klägers wechseln, beim Antrage auf Voruntersuchung, beim Antrage auf Eröffnung des Hauptverfahrens etc., bei Zulassung der Klage im Eröffnungsbeschluss und bei Ver-

---

[14]) Ein solcher Klageakt hätte, da Klagzulassung schon feststeht, Klagrücknahme ausgeschlossen ist und Klagsubstantiierung erst von der Verhandlung erwartet wird, nur formale Bedeutung gehabt.

Im Civilprozesse bedarf es des Klagvortrags: der Kläger hat jetzt im Termin dem erkennenden Gericht seine Klage auszuführen — ein Eröffnungsbeschluss ist nicht vorangegangen —, hat noch die Disposition über die Klage und es trifft ihn die Pflicht der Substantiierung.

tretung der Klage in der mündlichen Verhandlung teilweise differieren. Der Strafanspruch, wie er aus einer individualisierten That für den Staat sich ergeben kann, steht trotz etwaiger subjektiver Ungewissheit auf seiten des Klägers oder des Richters objektiv fest. Wechselnde thatsächliche und rechtliche Charakterisierungen des Anspruchs bei Festhaltung des Anspruchsgrundes ergeben nicht verschiedene Ansprüche, im Strafprozesse so wenig als im Civilprozess (§ 268 CPO.). Ist z. B. die eine identische That im Antrage auf Voruntersuchung als Raub, im Antrage auf Eröffnung des Hauptverfahrens als Erpressung bezeichnet worden, während der Eröffnungsbeschluss Diebstahl annahm und der Staatsanwalt in der Hauptverhandlung auf Unterschlagung plädiert, so ist, mögen nun diese Verschiedenheiten lediglich in wechselnden Rechtsauffassungen oder in einer Verschiebung der thatsächlichen Momente gründen, die Klage immer die gleiche geblieben. Die richterliche Thätigkeit hat stets nur in den Grenzen des Klagfundaments freien Spielraum, vgl. die §§ 153 Abs. 1, 189, 263 Abs. 1 StPO.

6. Der rechtskräftige Eröffnungsbeschluss begründet für die Staatsanwaltschaft die Amtspflicht zur Vertretung der in ihm formulierten Klage im Hauptverfahren. Doch steht Klagebesserung nach den Verhandlungsergebnissen bei bleibendem Anspruchsfundament frei, vergleiche § 263 StPO.

Etwaige Mängel der früheren Klageakte, z. B. der Anklageschrift beim Antrage auf Eröffnung des Hauptverfahrens, verlieren mit Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses jedenfalls insofern ihre Bedeutung, als spätere Einstellung des Verfahrens aus diesem Grunde nicht möglich ist. Sollte die Verteidigung dadurch beeinträchtigt sein, so könnte der Beschuldigte noch auf Remedur dringen; die Prozessbegründung aber steht definitiv fest.

Fehlt es am Eröffnungsbeschluss, während die Prozessordnung einen solchen erfordert hätte, so fehlt es zugleich an gültiger Klage beim erkennenden Gericht, auch wenn der Staatsanwalt in der Verhandlung einen Strafanspruch in genügender Bestimmtheit geltend gemacht und der Beschuldigte gegen dessen Verhandlung keinen Einwand erhoben haben sollte. Es könnte in solchem Falle zwar nur bei Verwechselung des formellen Klagerhebungsaktes mit der Klage überhaupt bestritten werden, dass Klage erhoben worden sei; aber die Klage entbehrte der

Gültigkeit, weil bei Notwendigkeit eines Eröffnungsbeschlusses nur die in einem solchen formulierte Klage vom Gericht des Hauptverfahrens abgeurteilt werden kann.

Der Eröffnungsbeschluss hat die Doppelbedeutung der Prozessgründungshandlung und der Klagformulierung für das Hauptverfahren.

7. Die Klage bleibt prozessuale Voraussetzung noch neben dem Eröffnungsbeschluss. Das zeigt sich klar beim Nichterscheinen des Klägers in der Verhandlung. Zwar ist der Staatsanwalt kraft des Beschlusses Zwangskläger und ausser stande, die Klage zurückzunehmen, aber nur bei seiner Beteiligung an der Verhandlung, wenn auch in rein passiver Assistenz, liegt Ausübung der Klage vor. Durch Verlesung des Eröffnungsbeschlusses erfährt das Gericht nur, wie in der Verhandlung geklagt werden muss. Die Klägerrolle kann schlechterdings nur dem Staatsanwalt zufallen. Würde in dessen Abwesenheit verhandelt und entschieden werden, so stände nicht nur die positive Vorschrift des Gesetzes, §§ 225, 377 N. 5 StPO., sondern auch der Mangel des Klagens in der Verhandlung der Gültigkeit des Urteils entgegen. Es genügt eben nicht das Klägersein des Staatsanwalts, es muss auch die Klage dem erkennenden Gericht relevant zur Entscheidung vorgelegt worden sein. Gewiss ist die Gegenwart des Staatsanwalts nicht nur gefordert, damit in ihm die Klage gegenwärtig sei, sondern zum Zwecke kontradiktorischer Parteiverhandlung überhaupt und seiner Mitwirkung bei Herstellung der Urteilsgrundlagen. Aus dem letztern Gesichtspunkte insbesondere erklärt es sich, dass anders als beim Angeklagten auf ununterbrochene Anwesenheit des Staatsanwalts schlechterdings nicht verzichtet wird (vgl. § 225 mit § 230 Abs. 2 StPO.). Aber es folgt anderseits aus dieser Gesetzesvorschrift, dass die Klagführung in der Hauptverhandlung nur von einem permanent anwesenden Staatsanwalt[15]) ausgehen kann. Der Strafprozess muss aus vielen Gründen das Sachurteil von diesem Erfordernis abhängig machen; nur der Civilprozess kennt im Antrage des Beklagten auf Versäumnisurteil ein Surrogat für die Klagaktion in der Verhandlung.

---

[15]) Auch bei einem Wechsel in der Person ist stets „der Staatsanwalt" anwesend.

Das Requisit des Klagens neben dem Eröffnungsbeschluss wird besonders deutlich in der Ausnahmebestimmung des § 206 StPO., wo vom Kläger nach Eröffnung des Hauptverfahrens noch ein formeller Klagerhebungsakt gefordert wird: „Wenn von der Staatsanwaltschaft beantragt ist, den Angeschuldigten ausser Verfolgung zu setzen, vom Gerichte aber die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen wird, so hat die Staatsanwaltschaft eine dem Beschlusse entsprechende Anklageschrift einzureichen." Die letztere ist dann dem Angeklagten mitzuteilen unter dem Anheimgeben, innerhalb einer zu bestimmenden Frist die Vornahme einzelner Beweiserhebungen vor der Hauptverhandlung zu beantragen, § 206 Abs. 2. Mangel der Erstattung einer solchen nachträglichen Anklageschrift wäre ein Klagmangel, nicht von absoluter Wirkung, da die Eröffnung des Hauptverfahrens feststeht und die Anklageschrift in der Hauptverhandlung nicht verwertet wird. Aber der Angeklagte hat auf Zustellung einer Anklageschrift zur Vorbereitung seiner Verteidigung ein Recht und kann ein solches Verlangen noch in der Hauptverhandlung stellen. Die Wahrung der gesetzlichen Vorschrift ist also dispositive Urteilsvoraussetzung.[16])

III. Rechtshängigkeit bei normaler Klagerhebung und Prozessbegründung.[17])

1. Der Auftrag zur Rechtsprechung gilt bei Konkurrenz von Klagerhebungen wegen desselben Strafanspruchs grundsätzlich nur dem Gerichte der ersten Klage. Er fehlt für jede neue Klage bei schwebender Rechtshängigkeit, mag sie vor demselben oder einem andern Gerichte erhoben werden.

Dem Gerichte der ersten Klage aber kann nach der Strafprozessordnung (§ 12) der Auftrag dadurch verloren gehen, dass ihm ein anderes Gericht in Eröffnung der Untersuchung zuvorkommt.

---

[16]) Sollte übrigens die Sache vor das Schöffengericht verwiesen worden sein, so würde § 206 überhaupt entfallen, da eine Anklageschrift dem Angeklagten doch nicht zuzustellen, deren nachträgliche Erstattung also ein nutzloser Formalakt wäre.

[17]) Es wäre eine dankenswerte Arbeit, die von der Doktrin arg vernachlässigten Rechtshängigkeitsfragen in ihre feineren Verzweigungen zu verfolgen. Hier können nur einige Grundzüge fixiert werden.

Immer ist die Rechtshängigkeit von Amtswegen zu beachten, eine prozesshindernde Einrede der Rechtshängigkeit gibt es im Strafprozesse nicht.[18])

Die Rechtshängigkeit beginnt im Straf-, wie im Civilprozess mit der Klagerhebung.[19])

Die normalen Klagerhebungsakte aber sind der Antrag auf Eröffnung der Voruntersuchung beim Untersuchungsrichter und in Ermangelung einer Voruntersuchung der Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens durch Einreichung einer Anklageschrift. Mit dem Erlass des Eröffnungsbeschlusses tritt der Strafprozess in das entscheidende Stadium ein, aber da schon die vorgängigen gerichtlichen Prozeduren, Voruntersuchung, Zwischenverfahren, Teile des Strafprozesses sind, so geht im normalen Prozessverlaufe der Beginn der Rechtshängigkeit dem Beginne des Hauptverfahrens stets voran.

Die Rechtshängigkeit ist auch dann zu respektieren, wenn dem frühern Antrag auf Voruntersuchung oder Hauptverfahren nach Ansicht des zweiten Richters prozessuale Hindernisse (Unzuständigkeit des Gerichts, Unzulässigkeit der Voruntersuchung etc.) entgegenstehen. Denn die Entscheidung darüber ist Sache des erstangegangenen Richters.

2. Ist Antrag auf Voruntersuchung gestellt, so tritt dem gleichen Antrag in derselben Sache bei demselben[20]) oder einem andern Untersuchungsrichter Rechtshängigkeit entgegen.[21])

[18]) Abzuweisen sind die Versuche John's (Komm. Bd. I S. 128 fg) und Glaser's (Handbuch Bd. II S. 49 fg.) „prozesshindernde Einreden", „Exzeptionen" in den Strafprozess einzuführen.

[19]) Das konstatiert auch John, Komm. Bd. II S. 82, 222, 575, ohne jedoch diese Einsicht irgend genügend zu verwerten. Dagegen lässt v. Kries, Zeitschr. f. Strafrechtswissensch. Bd. 5 S. 21 die Rechtshängigkeit erst mit der Eröffnung des Hauptverfahrens entstehen.

Richtig Löwe-Hellweg zu Buch II Abschn. 1 unter V; Bennecke, Lehrbuch S. 465 fg.; Birkmeyer, Strafprozessrecht S. 594. 595 und besonders RG. 2. StrS. E. Bd. 29 S. 179 (demjenigen Gericht, bei welchem die Strafsache zuerst anhängig gemacht ist, gebührt die Entscheidung).

[20]) Aufrechterhaltung beider Anträge ist, da die Staatsanwaltschaft desselben Gerichts nicht in einer identischen Sache wider denselben Beschuldigten mehrfache Eröffnung der Voruntersuchung begehren kann, nur denkbar bei Verschiedenheit der Identitätsauffassungen.

[21]) „In derselben Sache", also bei Identität des Beschuldigten. Dagegen ist wohl möglich, dass in einem Zweifelsfalle zwei Voruntersuchungen gegen zwei Personen zugleich anhängig sind, von denen nur eine der Thäter sein kann.

Nach § 12 Abs. 1 StPO. gebührt unter mehreren zuständigen Gerichten demjenigen der Vorzug, welches die Untersuchung, d. i. Voruntersuchung oder Hauptverfahren, zuerst eröffnet hat.

Sonach hat der Untersuchungsrichter II, wenn Untersuchungsrichter I die Voruntersuchung schon eröffnet hatte, nicht nur die Rechtshängigkeit, sondern auch den erlangten Kompetenzvorzug zu respektieren. Umgekehrt würde der erst eröffnende Richter II sich dem erstangegangenen Richter I gegenüber auf Prävention berufen können. Das Gesetz unterscheidet eben nicht, ob das ersteröffnende Gericht auch das zuerst angegangene war und ob es eventuell von der bereits anderweit erhobenen Klage gewusst hat. Korrekt ist es gewiss nicht, wenn das zweitangegangene Gericht trotz seiner Kenntnis von der schwebenden Klage in Nichtbeachtung der Rechtshängigkeit eröffnet. Aber der Kompetenzvorzug tritt auch in diesem Falle ein. Der Gesetzgeber unterstellt Unkenntnis der Rechtshängigkeit als Normalfall, aber es wäre sehr unpraktisch gewesen, wenn er seine Disposition an diese Voraussetzung geknüpft hätte. Das Rechtshängigkeitshindernis hat gemäss § 12 insofern nur instruktionelle Bedeutung, als das ersteröffnende Dekret auch dem zweitangegangenen Richter Kompetenzvorzug verschafft.

3. Werden in derselben Sache ohne vorangegangene Voruntersuchung mehrere Anträge auf Eröffnung des Hauptverfahrens bei demselben[22]) oder verschiedenen Gerichten gestellt, so steht dem zweiten Antrag stets die Rechtshängigkeit entgegen.

Durch die Priorität des Eröffnungsbeschlusses wird nach § 12 Kompetenzvorzug begründet. Es kommt dabei auf den früheren oder späteren Erlass des Dekrets, nicht auf den frühern oder spätern Eintritt der Rechtskraft an, aber vorausgesetzt ist natürlich, dass das Dekret rechtskräftig wird. Solange die Rechtskraft noch problematisch ist, bereitet ein Eröffnungsbeschluss einem spätern gleichen Beschluss eines andern Gerichts ein Hindernis zunächst nicht; nur die Priorität der Rechtshängigkeit steht im Wege.

Sehr wohl ist es möglich, dass in derselben Sache rechtskräftige Eröffnungsbeschlüsse mehrerer Gerichte ergehen; namentlich wenn die

[22]) Bei Aufrechterhaltung mehrerer Eröffnungsanträge gegenüber demselben Gericht ist von diesem über die Identitätsfrage durch Weigerung oder Erlass weitern Eröffnungsbeschlusses zu entscheiden.

beteiligten Gerichte von dem gleichzeitig schwebenden anderweiten Verfahren nichts wissen. Korrekt ist dann alsbaldige Einstellung desjenigen Verfahrens (derjenigen Verfahren), in dem (in denen) der Eröffnungsbeschluss später ergangen ist. An der Zulässigkeit solcher Einstellung ist trotz Nichterwähnung in StPO. nicht zu zweifeln, da es geradezu unvernünftig wäre, ein Gericht, das den Kompetenzvorzug eines andern anerkennt, zu zweckloser Hauptverhandlung, die zu einem Sachurteil doch nicht führen könnte, oder gar zur Anrufung eines höhern Gerichts zwecks Entscheidung eines nicht gewollten Kompetenzstreites (§ 14 StPO.) zu nötigen.[23]) Auch § 18 StPO., wonach das Gericht nach Eröffnung des Hauptverfahrens seine Unzuständigkeit nur auf Einwand des Angeklagten aussprechen darf, erleidet insofern eine Ausnahme.[24]) Kann und muss aber das Gericht in diesem Falle noch im Hauptverfahren schon von Amtswegen seine Inkompetenz erklären, so versteht sich, dass die Berufung des Angeklagten auf den Inkompetenzgrund einer Präklusion nicht unterliegt, die beschränkende Vorschrift des § 16 StPO. also nicht anwendbar ist.

4. Die Prävention nach § 12 begründet einen Kompetenzvorzug nur für ein zuständiges Gericht. Wenn das erstangegangene Gericht (Untersuchungsrichter oder Gericht des Zwischenverfahrens) das ersteröffnende Gericht für unzuständig hält, so wird es seinerseits an der Eröffnung weder durch Rechtshängigkeit, da es zuerst mit der Klage befasst war, noch durch Unzuständigkeit, da die eigene Zuständigkeit nur durch die frühere Eröffnung seitens eines zuständigen Richters beseitigt sein könnte, gehindert.[25]) Aber das Gericht II, das von der schon vorhandenen Rechtshängigkeit nichts gewusst oder keine Rücksicht darauf genommen hat, sich selbst für zuständig erachtet hat und den Kompetenzvorzug nach § 12 für sich in Anspruch nimmt, wird sich durch ein späteres Eröffnungsdekret des Gerichts I noch viel weniger an weiterer prozessualer

[23]) Entsprechend ist die Voruntersuchung einzustellen, wenn sich ergibt, dass ein anderes Gericht diese oder das Hauptverfahren bereits eröffnet hatte. Es bedarf dazu eines Strafkammerbeschlusses, den der Untersuchungsrichter und jede der Parteien veranlassen kann.

[24]) Übereinstimmend Löwe-Hellweg zu § 18 Bem. 6.

[25]) A. A. Löwe-Hellweg zu § 12 Bem. 6; Stenglein das. Bem. 6. Richtig Puchelt das. Bem. 6.

Aktion behindert sehen. Sonach liegt positiver Kompetenzkonflikt vor, der — auf Antrag einer beteiligten Partei oder eines beteiligten Gerichts — durch Entscheidung des gemeinschaftlichen oberen Gerichts zu beenden ist, § 14 StPO.[26])

Das obere Gericht entscheidet dann zu Gunsten des von ihm für zuständig erachteten Gerichts, bei wirklicher Kompetenzkonkurrenz nach Massgabe der Prävention (sofern nicht Zweckmässigkeitsrücksichten für Übertragung der Sache an ein anderes der zuständigen Gerichte sprechen, § 12 Abs. 2); die Priorität der Rechtshängigkeit kommt nicht in Betracht. Dem andern (oder den andern) streitenden Gericht ist mit dieser Entscheidung die Vollmacht zur Rechtsprechung entzogen.

5. Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens bei schon beantragter oder schwebender Voruntersuchung in derselben Sache ist wegen Rechtshängigkeit abzuweisen.

Wird das Hauptverfahren rechtskräftig eröffnet, während in derselben Sache vor dem Untersuchungsrichter eines andern Landgerichts[27]) Voruntersuchung schon schwebt, oder umgekehrt, so ist wiederum, wenn nicht in der einen oder andern Sache noch Einstellung erfolgt, der Fall des Kompetenzkonflikts gegeben.

6. Da Priorität der Eröffnung seitens eines zuständigen Gerichts nach § 12 frühere anderweite Rechtshängigkeit selbst dann unbeachtlich macht, wenn das andere Gericht zuständig ist, so muss dies erst recht bei dessen Unzuständigkeit gelten.

Dem örtlich unzuständigen Gericht aber nützt die Priorität der Eröffnung an sich nicht und dispensiert es nicht von Beachtung der Rechtshängigkeit, mag das erstangegangene Gericht zuständig oder unzuständig sein. Sollte jedoch die Unzuständigkeit nach den besondern Bestimmungen der StPO. (§§ 16—18, Versäumung des Inkompetenz-

[26]) Ist durch eines der Eröffnungsdekrete nur die Voruntersuchung eröffnet worden, so ergibt sich die interessante Frage, in welchem Verhältnis zur Anrufung des Kompetenzgerichts der Einwand des Angeschuldigten gegen die Eröffnung der Voruntersuchung gemäss § 179 StPO. steht.

[27]) Eröffnung des Hauptverfahrens bei schwebender Voruntersuchung durch dasselbe Landgericht, dem der Untersuchungsrichter angehört, ergibt niemals Kompetenzkonflikt im Sinne des § 14 StPO., wohl bei Identität der Strafsache Konkurrenz von Prozessstadien (die natürlich nicht bestehen bleiben darf!).

einwandes seitens des Angeschuldigten etc.) als geteilt erscheinen, so müsste nunmehr diesem Gericht, weil es zuerst eröffnet hatte, auch der Kompetenzvorzug zugeschrieben und es könnte daher sein Sachurteil auch nicht wegen Nichtbeachtung noch vorhandener Rechtshängigkeit angefochten werden. Hätte dagegen das andere Gericht früher eröffnet, so wäre das Sachurteil des später zur Eröffnung gelangten Gerichts immer auch wegen Ignorierung der schwebenden Rechtshängigkeit anfechtbar.

7. Die Priorität der Eröffnung wirkt nach § 12 StPO. nur bei Konkurrenz von Gerichtsständen, sie ist einflusslos gegenüber dem übergeordneten Gericht bei Zweifel über die sachliche Zuständigkeit, z. B. im Verhältnis des Amtsgerichts zum Landgericht. Dem Amtsgericht erwächst nicht dadurch ein Vorzug, dass es in derselben Sache früher eröffnet hat als das übergeordnete Landgericht. Nur die Priorität der Rechtshängigkeit kommt in Betracht. Das zweitangegangene Gericht hat die Sache abzulehnen, die schon eröffnete Untersuchung wieder einzustellen. Der Beschuldigte kann die Erfüllung dieser Pflicht mit Einwand, Antrag, Beschwerde etc. (je nach der Prozesslage) erzwingen. Aber auch im Verhältnisse des Landgerichts zum untergebenen Amtsgericht gilt Gleiches.[28])

Ein unter Nichtbeachtung der Rechtshängigkeit ergangenes Urteil ist aus diesem Grunde, nicht bloss wegen etwa fehlender sachlicher Zuständigkeit, anfechtbar.

8 Wie auch die Rechtshängigkeitsverhältnisse immer liegen mögen, ob der Zweifel die örtliche oder die sachliche Zuständigkeit betrifft, ob Kompetenzvorzug besteht oder nicht etc., stets ist die res judicata zu respektieren. Ist das Urteil eines der beteiligten Gerichte rechtskräftig geworden, so ist damit den andern die Vollmacht zur Rechtsprechung entzogen.

---

[28]) Unrichtig Löwe-Hellweg zu Abschn. 1 Bem. 2a (das Gericht niederer Ordnung habe einzustellen) und John, Komm. Bd. I S. 138 (will § 14 analog anwenden.)

Trefflich RG. 2. StrS. E. Bd. 29 S. 174 fg.

Zweiter Abschnitt.

Prozessbegründung und Klagerhebung ohne Eröffnungsbeschluss.

§ 3. Die Fälle des § 211 StPO.

I. Prozessbegründung.

1. Bei freiwilligem Erscheinen und bei Vorführung des Beschuldigten vollzieht sich die Eröffnung des Hauptverfahrens in der Weise, dass der Amtsrichter die vom Amtsanwalt zu erhebende Klage zur sofortigen Hauptverhandlung zulässt.

Die Schöffen sind an dieser Zulassung so wenig beteiligt, wie sonst am Eröffnungsbeschluss; erst in der Hauptverhandlung üben sie nach § 30 Abs. 1 GVG. das Richteramt in gleichem Masse, wie der Amtsrichter. Zwar geht § 211 Abs. 1 von dem Regelfalle aus, dass der Beschuldigte vor schon konstituiertem Schöffengericht sich stellt oder sistiert wird, aber Hauptverhandlung wird erst durch die Zulassung ermöglicht, die ihrerseits als eine ausserhalb der Hauptverhandlung ergehende latente Entscheidung aufgefasst werden muss und demnach vom Amtsrichter allein zu erlassen ist, § 30 Abs. 2 GVG. Die Schöffen müssen sich die ihnen vielleicht unerwünschte Verlängerung der Sitzung gefallen lassen.

Der juristische Hergang ist keineswegs so zu denken, dass der Amtsanwalt zunächst die Klage mündlich erhebe und dann das Gericht, Amtsrichter mit Schöffen, die Zulässigkeit des eingeschlagenen Verfahrens zu prüfen habe, wobei dann entweder die Verhandlung der Sache abgelehnt werde oder die weitere Hauptverhandlung sich anschliesse.[29]) Denn dann wäre die Ablehnung Einstellung eines eröffneten Hauptverfahrens, weil Versagung weiterer Hauptverhandlung, während sie vielmehr ist Weigerung der Eröffnung des Hauptverfahrens in der begehrten Art, weil Versagung unmittelbarer Hauptverhandlung.

Der Amtsanwalt begehrt mit einer Klage bestimmten Inhaltes gegen den vorgeführten oder freiwillig erschienenen, d. h. in dieser Strafsache weder vorgeführten, noch vorgeladenen[30]) Beschuldigten vor dem Schöffen-

---

[29]) So Löwe-Hellweg Bem. 8; v. Kries S. 524.

[30]) John, Komm. Bd. II S. 807 nimmt seltsamerweise an, der Geladene erscheine freiwillig.

gericht gehört zu werden. Diese Erklärung enthält die Ankündigung einer demnächst zu erhebenden Klage unter Mitteilung des wesentlichen Klaginhalts, sie ist nicht schon Klagerhebung.

Der Amtsrichter prüft neben der Zuständigkeit des Schöffengerichts und den sonstigen Prozessvoraussetzungen die Zulässigkeit des begehrten Verfahrens. Dazu ist er nur in der Lage, wenn die Klagankündigung erkennen lässt, welchen Strafanspruch der Amtsanwalt geltend machen will.

Das „freiwillige Erscheinen" des Beschuldigten steht fest, wenn dieser ausdrücklich oder konkludent seine Bereitwilligkeit zu sofortiger Verhandlung erklärt. Widerruf im Laufe der Hauptverhandlung ist ausgeschlossen, die Erklärung bindet. Der „Vorgeführte" braucht sich dem Verlangen des Amtsanwalts gegenüber keineswegs passiv zu verhalten.

Es ist nicht undenkbar, dass er das Vorgeführtsein in dieser Sache bestreitet, indem er behauptet, die Festnahme habe aus anderem Anlasse stattgefunden. Sollte er wirklich wegen einer andern Strafsache vorgeführt (oder bereits verhaftet) sein, so wäre die alsbaldige Verhandlung des weiteren Strafanspruchs nur auf Grund seiner Bereitschaft dazu statthaft. Insofern kann auch der Vorgeführte freiwillig erscheinen.[31]) Der Richter muss die Überzeugung gewinnen, dass die Vorführung sich auf die vom Amtsanwalt bezeichnete Strafsache bezieht oder dass doch die Verhandlungsbereitschaft des Beschuldigten feststeht.

Der Beschuldigte kann auch schon jetzt die Zuständigkeit des Schöffengerichts in sachlicher oder örtlicher Beziehung oder die Existenz anderweiter Prozessvoraussetzungen bestreiten.

Wichtiger ist ein anderer möglicher Einwand. Der Vorgeführte ist zweifellos zur Verhandlung dann nicht verpflichtet, wenn seine Festnahme rechtlich unzulässig und seine Vorführung nur die Fortsetzung dieser Rechtswidrigkeit war. Es hat z. B. eine Festnahme stattgefunden durch ein Polizeiorgan nicht auf frischer That, § 127 Abs. 1, und obwohl die Untersuchungshaft nach § 113 (§ 127 Abs. 2) ausgeschlossen ist, weil

[31]) Vgl. auch Puchelt zu § 211 Bem. 3; Stenglein das. Bem. 2a; Bennecke S. 504 Anm. 8.

A. A. Löwe-Hellweg zu § 211 Bem. 3; John, Komm. Bd. II S. 806. 807; v. Kries S. 524.

die inkriminierte That nur mit Haft oder Geldstrafe bedroht ist und keiner der Ausnahmefälle des § 113 vorliegt. Oder man denke an die Vorführung eines Exterritorialen, eines Reichstagsabgeordneten entgegen Art. 31 der Reichsverfassung etc. Rechtswidrigkeit der Festnahme für sich allein ist insofern nicht entscheidend, als vielleicht trotzdem Verhaftung rechtlich zulässig erscheint und nun zu deren Erwirkung der Amtsanwalt in Benutzung der einmal gegebenen Situation den Ergriffenen vorführt; es hat z. B. ein Privater den nicht auf frischer That betroffenen oder verfolgten Dieb (bei einem Wert des Gestohlenen unter 25 Mark, also schöffengerichtlicher Zuständigkeit, § 27 N. 4 GVG.) festgenommen, somit rechtswidrig ergriffen (§ 127 Abs. 1 StPO.) und der Amtsanwalt will nun durch Vorführung die rechtlich zulässige Verhaftung und alsbaldige Aburteilung erwirken. Dass es nicht auf die materielle Begründetheit der Festnahme (wirklicher Fluchtverdacht u. s. w.) und der begehrten Verhaftung ankommt, versteht sich. Es darf nur nicht die Freiheitsentziehung als rechtswidrig erscheinen. Ob sie zugleich strafbar sein würde (§§ 239, 341 StGB.), releviert nicht.

Eine hiernach rechtswidrige Vorführung ergibt nicht die Zulässigkeit alsbaldiger Hauptverhandlung. Wie dürfte zu der Freiheitsberaubung noch die weitere Unbill hinzugefügt werden, dass nun dem Ergriffenen wider seinen Willen kurzer Prozess gemacht würde? Er kann vielmehr unter Protest gegen alsbaldige Verhandlung seine alsbaldige Freilassung fordern.

Der Amtsrichter wird in jedem Falle den Beschuldigten über das Begehren des Amtsanwalts zu hören haben. Die Prüfung der Voraussetzungen des besondern Verfahrens und der Prozessvoraussetzungen ist Amtspflicht, mögen Einwendungen erhoben werden oder nicht. Aber die Kognition ist summarisch. Die Zulassung der Klage zur alsbaldigen Verhandlung geschieht unter dem stillschweigenden Vorbehalte des Widerrufs, falls demnächst in der Verhandlung die Unzulässigkeit des Spezialverfahrens sich ergeben sollte.

In dieser Zulassung liegt die Eröffnung des Hauptverfahrens. Die Zulassung selbst kann ausdrücklich oder durch thatsächlichen Eintritt in die Verhandlung erklärt werden. Das Eröffnungsdekret ist latent und widerruflich.

Ermessenssache ist die Abhaltung der Hauptverhandlung nicht, viel-

mehr unter den gesetzlichen Voraussetzungen Pflicht des Amtsrichters.[32]) Das „Kann" im Gesetze sagt nicht das Gegenteil, drückt nur die Zulässigkeit des abweichenden Verfahrens aus.

Die Versagung, die bei liquidem speziellem Unzulässigkeitsgrunde und bei Mangel einer Prozessvoraussetzung geboten ist, wird ausdrücklich, durch formuliertes Dekret, erklärt. Es ist dann im Wege des § 128 StPO. vom Amtsrichter über die Verhaftung oder Freilassung des Vorgeführten zu erkennen.

Das Versagungsdekret ist an sich mit Beschwerde und zwar mit sofortiger (in Analogie des § 209 Abs. 2 StPO.) Beschwerde anfechtbar. Aber das Rechtsmittel wird gegenstandslos, sobald die Voraussetzungen des besondern Verfahrens fortgefallen sind. Es kann Erfolg nur haben, wenn es gelingt, eine Entscheidung des Beschwerdegerichts herbeizuführen, solange das Vorgeführtsein vor den Amtsrichter noch andauert; das Beschwerderecht ist also nahebei wertlos.

Gegen Freilassung und Verhaftung finden die üblichen Rechtsmittel statt.

Die Zulassung ist unanfechtbar.

Der Antrag des Amtsanwalts, die Einwendungen des Beschuldigten und die Zulassung fallen genau genommen ausserhalb des Hauptverhandlungsprotokolls, sind aber im Eingange desselben zu beurkunden. Im Falle der Versagung ist das Protokoll selbstverständlich nicht Hauptverhandlungsprotokoll.

2. Die Strafverfolgung wegen Übertretung kann der Amtsanwalt in der Weise betreiben, dass er die unmittelbare Ladung des Beschuldigten zur Hauptverhandlung begehrt.[33]) Der wesentliche Inhalt der Anklage, Bezeichnung einer bestimmten Straf-That eines bestimmten Beschuldigten, ist dabei von ihm anzugeben und in die Ladung aufzunehmen.

Der Richter ist verpflichtet[34]) auf den Antrag einzugehen, wenn die

---

[32]) Vgl. Löwe-Hellweg Bem. 6; Puchelt Bem. 3; v. Bomhard-Koller Bem. 3; John, Komm. Bd. II S. 804; Birkmeyer S. 763.

A. A. v. Kries S. 525; Bennecke S. 504.

[33]) Als Vorbild hat gedient die französische citation directe (Ladung seitens des Staatsanwalts durch einen Gerichtsvollzieher zum Termin mit kurzer Frist), worüber besonders zu vergleichen Glaser, Kleine Schriften Bd. I S. 513 fg.

[34]) A. A. v. Kries S. 523.

inkriminierte That wirklich als Übertretung zu erachten ist und nicht Prozessvoraussetzungsmangel entgegensteht. In Anberaumung der Hauptverhandlung und Veranlassung der Ladung liegt das latente Eröffnungsdekret.

Abweisung des Antrags erfolgt durch formuliertes, mit sofortiger Beschwerde anfechtbares (§ 209 Abs. 2 StPO.) Dekret. Abweisungsgrund kann nur sein Mangel des Übertretungscharakters oder einer Prozessvoraussetzung, nicht auch genügenden Verdachts, denn eine Vorprüfung in dieser Hinsicht steht dem Richter nur zu, wenn förmlicher Eröffnungsbeschluss beantragt ist (§ 201).

Sollte die That nicht Übertretung, aber ein zur Zuständigkeit des Schöffengerichts gehöriges Vergehen sein, so wäre nicht etwa statt Abweisung des Antrags Eröffnungsbeschluss unter den Voraussetzungen des § 201 zu erlassen, denn ein solches Prozessgesuch ist nicht gestellt.

Wohl kann umgekehrt der Richter auf förmliche Anklageschrift hin statt des begehrten Eröffnungsbeschlusses ohne Vorprüfung des Verdachts unmittelbar Hauptverhandlung anberaumen und die Ladung veranlassen, wenn die That bloss Übertretung ist.[35]) Der Antrag darauf ist als minus in dem weitergehenden Prozessgesuch enthalten. Da der besondere Modus des § 211 „ohne schriftlich erhobene Anklage" zulässig ist, so wird er gewiss nicht durch solche Anklage ausgeschlossen.

3. Das latente Dekret teilt nicht die Unwiderruflichkeit eines formulierten Eröffnungsbeschlusses. Wenn sich in der Hauptverhandlung ergibt, dass die Bedingungen des § 211 Abs. 1 fehlen, oder wenn sie wieder wegfallen, wenn also z. B. im Laufe der Verhandlung die Rechtswidrigkeit der Vorführung erhellt oder bei vorangegangener unmittelbarer Ladung die That den Charakter eines Vergehens, sei es schöffengerichtlicher, sei es landgerichtlicher Zuständigkeit gewinnt, so ist die Klagzulassung zurückzunehmen. Damit wird der Prozessgründungsakt, dessen Unzulässigkeit sich nachträglich ergeben hat, revoziert.

Der Beschuldigte kann, wenn es in seinem Interesse liegt, diese Folge eventuell dadurch abwenden, dass er sich mit weiterer Verhandlung einverstanden erklärt. Es ist dann, sofern nicht etwa ein anderweites prozessuales Hindernis entgegensteht, die Zulässigkeit der Verhandlungs-

---

[35]) Vgl. auch Löwe-Hellweg Bem. 5.

durchführung gemäss dem ersten Thatbestande des § 211 (freiwilliges Erscheinen) gegeben.

Die Bedingung des Vorgeführtseins ist nicht im Sinne des Vorgeführtbleibens bis zum Schlusse der Verhandlung zu verstehen. Vertagung ist nicht ausgeschlossen.[36]) Es darf nur nicht der Mangel des Vorgeführtseins in dieser Sache oder die Rechtswidrigkeit der Vorführung erhellen.

Bei Verfolgung wegen Übertretung durch unmittelbare Ladung darf nicht Verweisung an das Landgericht erfolgen unter der Voraussetzung des § 270: „Stellt sich nach dem Ergebnisse der Verhandlung die dem Angeklagten zur Last gelegte That als eine solche dar, welche die Zuständigkeit des Gerichts überschreitet, so spricht es durch Beschluss seine Unzuständigkeit aus und verweist die Sache an das zuständige Gericht." Denn das Amtsgericht ist nicht befugt, ein Vergehen eigener Zuständigkeit im Spezialverfahren des § 211 zu behandeln und abzuurteilen, und kann daher auch nicht in diesem Verfahren ein vor das Landgericht gehöriges Vergehen dahin verweisen.[37]) Der Beschuldigte hat der Vergehensklage gegenüber Anspruch auf die Garantie eines formulierten, nach materieller Prüfung ergehenden Eröffnungsbeschlusses, die ihm durch die Verweisung entzogen würde, und auf Einhaltung aller anderen Grundsätze des Normalverfahrens.

Der Rücknahmebeschluss ist ebenso wie ein ursprünglicher Versagungsbeschluss formuliert und beschwerdefähig. Sofern es sich um den dritten Thatbestand des § 211, Verfolgung wegen Übertretung etc., handelt, hat das Beschwerderecht auch praktische Bedeutung, während in den beiden anderen Fällen Beschwerde wiederum meist gegenstandslos sein wird.

Dass die einmal erfolgte Zulassung auch einer Einstellung des Verfahrens aus den allgemeinen Gründen, wegen fehlender Prozessvoraussetzung etc., nicht entgegensteht, bedarf kaum der Bemerkung.

An der einen und der anderen Entscheidung sind, weil sie in der Hauptverhandlung ergeht, auch die Schöffen beteiligt, § 30 Abs. 1 GVG.

Im dritten Falle des § 211 ist übrigens Widerruf schon vor der

[36]) Vgl. unten S. 107, 108.

[37]) Unrichtig Traut Gerichtssaal Bd. 57 S. 346 fg.

Hauptverhandlung durch den Amtsrichter allein unter Revokation der Ladung möglich.

4. Die nach Abs. 2 des § 211 zulässige abweichende Gerichtskonstituierung, Verhandlung des Amtsrichters ohne Schöffen, bedarf in diesem Zusammenhang nur kurzer Erwähnung. Sind die vier gesetzlichen Voraussetzungen, Vorführung des Beschuldigten vor den Amtsrichter,[38]) Verfolgung nur wegen Übertretung oder korrekter: Ankündigung des Amtsanwalts, dass er wegen einer bestimmten Übertretung anklagen werde, Geständnis des Beschuldigten[39]) oder korrekter: Ankündigung des Beschuldigten, dass er in der Hauptverhandlung die ihm zur Last gelegte That eingestehen werde, Zustimmung der Staatsanwaltschaft,[40]) gegeben, so kann der Amtsrichter nach freiem Ermessen die sofortige Konstituierung des Gerichts der Hauptverhandlung ohne Schöffen beschliessen. Der Konstituierungswille wird schon durch die thatsächliche Konstituierung des Gerichts und den Eintritt in die Verhandlung genügend zum Ausdruck gebracht; formulierter Beschluss ist entbehrlich.[41])

Zuziehung von Schöffen (durch Einberufung gemäss § 48 GVG.) gibt den Parteien niemals einen Grund zur Urteilsanfechtung, das Gericht ist auch in diesem Falle gesetzmässig gebildet.

Da der Beginn der Hauptverhandlung der Gerichtskonstituierung erst nachfolgt, so fallen die Vorgänge, die zu der abweichenden Gerichts-

---

[38]) Auch hier ist, wie in Abs. 1, nur an Vorführung infolge vorläufiger Festnahme gedacht. Ebenso John Bd. II S. 807. A. A. Stenglein Bem. 4.

Der Vorschlag der Redaktions-Kommission, der Vorführung auch hier das freiwillige Erscheinen des Beschuldigten gleich zu stellen, wurde abgelehnt, Prot. S. 1124.

[39]) Es ist ein starkes Missverständnis, dass Voitus Kontroversen Bd. I S. 108. 109 dem Geständnis formell verbindliche Kraft beilegt. Der Amtsrichter braucht nicht daran zu glauben und kann anderweite Beweise erheben (vgl. unten S. 107, 108). S. auch Gneist in der R. Just. Komm. Prot. 2. Lesung S. 937; Glaser Handbuch Bd. I S. 606 Anm. 6.

[40]) Reichensperger hatte mit Recht, aber vergeblich beantragt, das Einverständnis auch des Beschuldigten zu fordern, Prot. 2. Lesung S. 939. 940.

[41]) Es sei an dieser Stelle die Bemerkung gestattet, dass die strafprozessuale Litteratur das Wesen der Gerichtskonstituierungsbeschlüsse, ihre Voraussetzungen, ihre Formen und ihren Gegensatz zu den eigentlichen Prozessdekreten nicht erkannt hat.

bildung führten, streng genommen wiederum ausserhalb des Hauptverhandlungsprotokolls, aber sie sind zu protokollieren.

Der Verlauf kann übrigens auch der sein, dass der Beschuldigte dem konstituierten Schöffengerichte in der Sitzung vorgeführt wird und nun der Amtsrichter nach Feststellung der Voraussetzungen des Abs. 2 für diesen Fall die Schöffen entlässt und allein verhandelt. Die oben zurückgewiesene Ansicht, dass über die Zulässigkeit der sofortigen Hauptverhandlung nach Abs. 1 des § 211 nicht der Amtsrichter, sondern das Schöffengericht zu befinden habe, müsste hier zu der wunderlichen Konsequenz führen, dass sich nach begonnener Hauptverhandlung die Entbehrlichkeit der Schöffen herausstellen würde und folglich das Prozessgericht anders konstituiert werden könnte.

5. Die Voraussetzungen der besonderen Gerichtskonstituierung sind zugleich Bedingungen für das latente Eröffnungsdekret, das eben hier in der besonderen Gestalt der Zulassung der Klage zur Verhandlung ohne Schöffen auftritt.

Bei Fortfall der Bedingungen in der Verhandlung ist wieder die Rücknahme der Klagzulassung geboten. So bei Leugnen des Angeklagten im Widerspruch mit seiner früheren Erklärung. Ferner, wenn die That den Übertretungscharakter verliert.

Keineswegs ist im letzteren Falle etwa an die Strafkammer oder gar bei einem Vergehen schöffengerichtlicher Zuständigkeit an dieses Gericht zu verweisen. Da eine Verhandlung vor dem Amtsrichter allein ohne Anklageschrift und Eröffnungsbeschluss nur unter den vier Voraussetzungen des § 211 Abs. 2 zulässig ist, so kann in deren Ermangelung auch nicht ein Verhandlungsergebnis festgestellt und ein Verweisungsbeschluss darauf basiert werden.

Zur Schuldfrage muss in vollem Umfange Geständnis vorliegen, was nicht der Fall ist, wenn der Angeklagte einen Schuldausschliessungsgrund behauptet. Wohl ist möglich, dass der geständige Angeklagte zugleich den erhobenen Strafanspruch bestreitet, sei's in der Subsumtions-, sei's in der Straffrage (Verjährung etc.).[42])

Die Zustimmung der Staatsanwaltschaft ist unwiderruflich.[43])

[42]) Wesentlich übereinstimmend Löwe-Hellweg Bem. 12a; v. Kries S. 525; Stenglein Bem. 5.

[43]) A. A. Stenglein Bem. 6.

Bei Aussetzung der Verhandlung (Heranziehung eines Sachverständigen etc.) bleibt der Amtsrichter als Einzelrichter zuständig, wenn die Voraussetzung des Geständnisses fortdauert und die Frist für zulässige Fortsetzung des Verfahrens nach § 228 StPO. nicht überschritten wird. Keineswegs wird durch Vertagung stets die Mitwirkung der Schöffen bedingt.[44])

II. Klagerhebung.

Wenn gemäss § 211 vor dem Schöffengericht oder dem Amtsrichter zu unmittelbarer Hauptverhandlung geschritten wird ohne schriftlich erhobene Anklage und ohne eine Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens, geschieht das Klagen entweder nur im Termin durch Klagvortrag und Durchführung der vorgetragenen Klage bis zum Urteil oder es setzt sich aus dem Antrage auf Ladung des Beschuldigten und der Vertretung der Klage im Termin zusammen.

Die Klage richtet sich im ersten Falle ganz direkt an das erkennende Gericht, während im zweiten insofern eine Modifikation stattfindet, als der Ladungsantrag an den Amtsrichter allein geht. Gleichmässig ausgeschlossen aber ist ein besonderes Zwischenverfahren über die Zulassung der Klage zum Hauptverfahren mit formeller und materieller Vorprüfung derselben, wie es im normalen Prozessgange stattfinden muss (§§ 196—210 StPO.). Ebenso wird nicht der Klaginhalt durch einen Gerichtsbeschluss bindend fixiert. Insofern ist die Klagerhebung in beiden Fällen unmittelbar.

Unentbehrlich ist natürlich eine Vorprüfung der Bedingungen des besondern Verfahrens. Aber sie ist wesentlich summarisch, weshalb denn auch spätere Korrektur vorbehalten bleibt.

1. Wenn der Beschuldigte sich freiwillig gestellt hat oder infolge vorläufiger Festnahme dem Gerichte vorgeführt ist, besteht das Klagen lediglich im Klagvortrag und in Durchführung der vorgetragenen Klage.

Der mündliche Klagvortrag erinnert an den Klagmodus des Civilprozesses, nur ist nicht Zustellung eines Klagschriftsatzes an den Beklagten, sondern nur Klagankündigung beim Amtsrichter in Gegenwart

[44]) A. A. Stenglein Bem. 6.

des Beschuldigten zum Zwecke der Terminsbestimmung vorangegangen; der Termin wird in continenti abgehalten.

a) Für den Klagvortrag ist nicht, wie für die Anklageschrift in § 198 StPO., ein bestimmter Inhalt positiv vorgeschrieben, so dass nur bei Wahrung der entsprechenden Erfordernisse die Pflicht des Gerichts zur Durchführung der Hauptverhandlung bestände.

Aber unter allen Umständen muss ein bestimmter Strafanspruch geltend gemacht, die inkriminierte That genügend individualisiert und erkennbar sein, welches Delikt der Ankläger darin findet, widrigenfalls in Ermangelung genügender, rechtlich und thatsächlich bestimmter Klage einzustellen wäre. Fehlen wird freilich diese Bestimmtheit kaum jemals, da ja der Beschuldigte sich freiwillig gestellt hat oder nach vorläufiger Festnahme vorgeführt ist; immerhin ist die begriffliche Notwendigkeit der rechtlichen Fundierung und der Individualisierung der Klage zu konstatieren. Dass das Gesetz bei mündlicher Klagerhebung selbst auf dieses Minimum von Bestimmtheit verzichtet haben sollte, ist undenkbar.

Es bedarf auch im Hinblick auf die Verteidigung des Beschuldigten und die besonderen Vorschriften des § 264 StPO. der Angabe des anzuwendenden Strafgesetzes und der Hervorhebung der gesetzlichen Merkmale der inkriminierten That. Ein absolutes Klagerfordernis ist damit allerdings nicht bezeichnet, denn jura novit curia. Aber das Urteil würde der Aufhebung unterliegen, wenn durch einen Mangel in diesen Angaben die Verteidigung beschränkt worden wäre.[45]) Man kann nicht sagen, solche Beschränkung sei jedesmal gegeben bei Verurteilung auf Grund eines von der Anklage nicht angeführten Strafgesetzes. Denn § 264 Abs. 1 trifft nur den Fall einer Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes. Es kommt also, wenn die Anklage über das anzuwendende Strafgesetz nichts gesagt hat, gegenüber § 264 Abs. 1 darauf an, ob die Verurteilung auf Grund eines andern als des von der Anklage offenbar gemeinten Strafgesetzes geschehen ist.[46]) Sollte dem Angeklagten nicht klar geworden oder gemacht worden sein, welches Strafgesetz der Kläger im

[45]) Vgl. die Entscheidungen des RG. zu § 264 (R. I S. 440, 581, 789; E. I S. 254 etc.).

[46]) Das Reichsgericht (1. StrS. E. Bd. 6 S. 170) hat gelegentlich erkannt, dass der blosse Mangel der Benennung eines im Eröffnungsbeschluss zweifellos mitverstandenen Gesetzesparagraphen nicht unter § 264 Abs. 1 falle.

Sinne hatte, und dennoch eine Verurteilung erfolgt sein, so läge darin immer eine Beschränkung der Verteidigung, denn es darf dem Angeklagten auch bei voll eingestandener That die Gelegenheit zu einer Verteidigung im Rechtspunkte nicht entzogen werden.

Ähnlich ist zu entscheiden im Hinblick auf Abs. 2 des § 264: „vom Strafgesetz besonders vorgesehene Umstände, welche die Strafbarkeit erhöhen", sind nicht erst in der Verhandlung behauptet, wenn der Ankläger sie im Klagvortrag zwar nicht mit genannt, aber offenbar und ohne dass für den Angeklagten ein Zweifel darüber bleiben konnte, mitgemeint hatte; andernfalls würde in der Verurteilung auf Grund des qualifizierenden Strafgesetzes, „ohne dass der Angeklagte zuvor auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes besonders hingewiesen und ihm Gelegenheit zur Verteidigung gegeben wäre", ein Verstoss gegen § 264 Abs. 2 StPO., eine unstatthafte Beschränkung der Verteidigung zu finden sein.

Ebenso, wenn in der Anklage zwar das qualifizierende Strafgesetz genannt, aber nicht ersichtlich gemacht wäre, um welchen von mehreren im Gesetz enthaltenen Thatbeständen es sich handeln solle.[47])

Empfehlenswert ist es jedenfalls, wenn der Klagvortrag die besprochenen Momente stets ausdrücklich anführt. Der Amtsrichter wird gut thun, darauf zu achten und eventuell auf Ergänzung des Vortrags hinzuwirken. Es würde auch nicht unzulässig sein, wenn der Richter selbst die Ergänzung vornähme und der Kläger ausdrücklich oder konkludent sein Einverständnis erklärte. Das wäre nur Erläuterung der Klage durch den Richter, nicht Anteilnahme daran, denn eine individualisierte Klage wegen bestimmten Delikts liegt vor und der Inhalt einer Anklageschrift ist nicht bindend gefordert. Ist doch auch im Normalverfahren der Richter der Hauptverhandlung zu gleicher Vervollständigung gegenüber dem Eröffnungsbeschlusse berufen, obwohl dieser von einer andern Gerichtsstelle ausgegangen ist und er ihn nur zu acceptieren hat.

Ein formeller Beweisantritt im Klagvortrage ist nicht erforderlich, aber die materielle Beweispflicht des Klägers die gleiche, wie sonst auch.

b) Dass die Vorschriften des § 264 auch dann streng zu wahren sind, wenn der Klagvortrag in jure et in facto durchaus vollständig ge-

---

[47]) Vgl. RG. 1. StrS. E. Bd. 28 S. 150 fg., wo indes die Beurteilung der Kausalität des Prozessverstosses für das Urteil Bedenken erregt.

wesen ist und nun in der Verhandlung eine Abweichung hervortritt, versteht sich.[48])

c) Da Anklageschrift nicht vorangegangen, Termin nicht vorher bestimmt war, so konnten die Parteien nicht vor dem Termin einander Zeugen und Sachverständige rechtzeitig benennen, wie dies für den normalen Gang des Verfahrens § 221 StPO. vorschreibt. Hat eine Partei Zeugen oder Sachverständige zum Termin sistiert, so kann dem Gegner das Recht nicht versagt werden, bis zum Schlusse der Beweisaufnahme die Aussetzung der Hauptverhandlung zum Zwecke der Erkundigung zu beantragen, § 245 Abs. 2 StPO. Das Gericht hat über solchen Antrag nach freiem Ermessen zu entscheiden, § 245 Abs. 4. Gleiches muss gelten, wenn gegenüber einer zu beweisenden Thatsache die Gegenpartei die Notwendigkeit von Erkundigungen behauptet und Aussetzung begehrt. In der Regel allerdings wird der Sachverhalt derart liquide sein, dass Anwendung des § 245 nicht in Betracht kommt.

Freiwilliges Erscheinen enthält keineswegs einen Verzicht auf diese Befugnisse. Der Beschuldigte hat sich dadurch dem Geladenen gleich, nicht schlechter als ein solcher gestellt.

Noch weniger könnten die Rechte dem unfreiwillig Erschienenen, dem Vorgeführten abgesprochen werden.

d) Aber es fragt sich, ob nicht, wenn nach gerichtlichem Ermessen Aussetzung zu bewilligen ist — §§ 245 Abs. 4, 264 Abs. 4 StPO. — oder aus anderweitem Anlass Vertagung geboten erscheint, damit die Zulässigkeit des ganzen Verfahrens nach § 211 entfalle, weil das Gesetz dabei von der Voraussetzung ausgehe, dass die Verhandlung mit dem freiwillig erschienenen oder vorgeführten Beschuldigten in einem Termin zu Ende geführt werden könne.[49]) Dann erübrigte nur Zurücknahme der Klagzulassung wegen Fortfalls ihrer Voraussetzungen und neue Klagerhebung. Allein es ist diese Auslegung, die zu prozessualen Weitläufigkeiten ohne materiell genügenden Grund führen würde, abzulehnen. Das Gesetz beabsichtigt nicht, durch das Erfordernis freiwilligen Erscheinens, der Vorführung des Beschuldigten die Fortsetzung einer gültig begonnenen Hauptverhandlung im Falle der Aussetzung unmöglich zu machen. Eine unter-

[48]) Vgl. auch Meves in Goltd. Arch. Bd. 38 S. 98 fg.

[49]) So z. B. Bennecke S. 504.

brochene Hauptverhandlung kann nach der allgemeinen Regel des § 228 noch am vierten Tage nach der Unterbrechung fortgesetzt werden; erst bei Überschreitung dieser Frist ist mit dem Verfahren von neuem zu beginnen. Erscheint dem Richter diese Frist zur Erkundigung etc. ausreichend zu sein, so ist nicht abzusehen, welchem Interesse mit Erneuerung des ganzen Prozesses gedient sein könnte. Nur wenn der Richter eine längere Frist für unvermeidlich hält, wird das Verfahren des § 211 undurchführbar. Die bisherige Hauptverhandlung verliert dann jede Bedeutung, die Prozessbegründung durch Zulassung der Klage zu dieser Verhandlung ist als nicht geschehen zu erachten und für die neue Hauptverhandlung muss zunächst der Prozess neu begründet werden, sei's durch Einreichung einer Anklageschrift und Erlass eines Eröffnungsbeschlusses, sei's durch freiwilliges Erscheinen des Beschuldigten vor dem Schöffengericht und abermalige Einleitung der Prozedur des § 211.

Dass der Beschuldigte, mag er freiwillig erschienen oder vorgeführt sein, nach Eintritt in die Verhandlung zum Ausharren vor Gericht bis zu deren Beendigung und in den Grenzen des § 228 auch zum Erscheinen in der fortgesetzten Sitzung verpflichtet ist, kann nicht bezweifelt werden. Im Falle der Vertagung ist über die Verhaftung oder Freilassung des Vorgeführten alsbald zu entscheiden, § 128 Abs. 2.

e) Nach erstattetem Klagvortrag kann die Klage nicht mehr zurückgenommen werden, denn es ist die Untersuchung bereits durch latentes Dekret eröffnet, § 154 StPO.[50]) Die prozessuale Situation ist insofern eigentümlich, als die Hauptverhandlung schon auf die Klagankündigung hin begonnen hat und nun die Richtung auf die vorgetragene Klage erhält; ein Widerspruch zu § 151 StPO., wonach die Eröffnung einer gerichtlichen Untersuchung durch die Erhebung einer Klage bedingt ist, liegt nicht vor, weil nur in Voraussetzung der Klagerhebung mit dem Verfahren begonnen worden ist.

f) Der Klagvortrag nimmt im Verfahren dieselbe Stelle ein, wie sonst die Verlesung des Eröffnungsbeschlusses, § 242 Abs. 2 StPO. Auch darf er einen weitern Inhalt als ein Eröffnungsbeschluss (§ 205 Abs. 1) nicht haben, also namentlich nicht Ergebnisse etwaiger Vorermittelungen

[50]) v. Kries S. 524 sieht fälschlich erst in der Vernehmung des Beschuldigten die Eröffnung der Untersuchung. Die Anhörung des Klagvortrags fiele dann ausserhalb der Hauptverhandlung!

dem Gericht mitteilen; aus demselben Grunde nicht, aus dem die StPO. die Verlesung der Anklageschrift ausschliesst: um Präokkupation des Gerichts zu verhüten und das Prinzip der Mündlichkeit streng zu wahren. Zu plädieren hat der Amtsanwalt erst nach dem Schluss der Beweisaufnahme.

g) Der wesentliche Inhalt der Anklage ist in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen, § 211 Abs. 1; wesentlich aber sind die Momente des § 205 Abs. 1 und, wenn die Anklage in dieser Hinsicht nicht vollständig ist, zum mindesten die bestimmte Angabe der inkriminierten That und des vom Ankläger darin gefundenen Delikts.

Protokollierung einer Anklageformel[51]) setzt voraus, dass der Kläger eine solche vorgetragen hat, was sicher wünschenswert ist. Lautete aber beispielsweise die Beschuldigung nur dahin, Angeklagter habe am 1. Januar 1900 zu X dem Y 10 Mark „gestohlen", so können eben die gesetzlichen Merkmale des Delikts und das anzuwendende Strafgesetz, da sie der Ankläger nicht hervorgehoben hat, auch nicht im Protokoll vermerkt werden.

2. Bei Verfolgung wegen Übertretung nach § 211 besteht das Klagen im Antrage auf Ladung des Beschuldigten und in Durchführung der Klage in der mündlichen Verhandlung.

a) Der Ladungsantrag kann schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers gestellt werden. Er muss mindestens den Beschuldigten und die ihm zur Last gelegte That bestimmt bezeichnen, das konkrete Faktum angeben und erkennbar machen, welche Deliktsart darin erblickt wird, und es muss sich diese That als Übertretung charakterisieren. Andernfalls Abweisung des Antrags durch formuliertes, beschwerdefähiges Dekret (§ 209 Abs. 2 StPO.). Dringend wünschenswert ist es, dass der Antrag auch die gesetzlichen Merkmale des angenommenen Delikts, das anzuwendende Strafgesetz und die Beweismittel bezeichnet (§ 198 Abs. 1).

b) Der „wesentliche Inhalt der Anklage", also zum mindesten bestimmte Bezeichnung der inkriminierten That im Sinne a, wenn möglich (bei Angabe seitens des Klägers) auch der weitern Momente des § 198 Abs. 1, ist in die Ladung des Beschuldigten aufzunehmen, § 211 Abs. 1 am Schlusse.[52]) Schon dieser gesetzliche Wortlaut lehrt, dass der

[51]) Wie Löwe-Hellweg Bem. 7 sie fordern.

[52]) Über die Klagerfordernisse bei citation directe herrscht viel Streit in der französischen Jurisprudenz, vgl. Glaser, Kl. Schriften Bd. I S. 516.

Ladungsantrag bereits Klagerhebung ist. Es folgt das übrigens auch aus der Erwägung, dass Verpflichtung des Beschuldigten zum Erscheinen im Termin sehr unangemessen sein würde, wenn es noch vom Belieben des Gegners abhinge, im Termin zu klagen oder nicht.

Die im Ladungsantrag enthaltene öffentliche Klage kann nach bewirkter Ladung des Beschuldigten nicht mehr zurückgenommen werden. Die blosse Terminsanberaumung mag auf Wunsch des Klägers noch rückgängig gemacht werden. Ist aber die Ausführung der Ladung hinzugekommen, so ist damit die Eröffnung der Untersuchung vom Richter (durch latentes Dekret) erklärt und es steht der Klagrücknahme das Prinzip des § 154 StPO. entgegen.

c) Die Stelle des Ladungsantrags kann auch eine Anklageschrift einnehmen: wenn bei Verfolgung wegen Übertretung der Amtsrichter auf Anklageschrift hin unmittelbar Hauptverhandlung anberaumt hat.

d) Die Stellung des Anklägers im Termin ist ähnlich als ob Eröffnungsbeschluss vorangegangen wäre: er vertritt die in der Ladung enthaltene Anklage.

An Stelle des Eröffnungsbeschlusses wird der Inhalt der Ladung verlesen. Das Verhandlungsthema muss unbedingt gleich anfangs fixiert werden. Ein besonderer Klagvortrag findet nicht statt. Doch steht Ergänzung der Ladung durch Hervorhebung der gesetzlichen Thatbestandsmerkmale und des anzuwendenden Strafgesetzes dem Kläger im Anschluss an die Verlesung des Ladungsinhaltes nicht nur frei, sondern der Amtsrichter hat auf diese Vervollständigung möglichst hinzuwirken.

Die Handhabung des § 264 StPO. gestaltet sich ebenso wie bei den unter 1 besprochenen Fällen der unmittelbaren Hauptverhandlung.

e) Da eine Ausnahme im Gesetz nicht gemacht ist und zwar mit vollem Rechte nicht, so gilt für die Ladung des Beschuldigten die allgemeine Frist von einer Woche, § 216 Abs. 1 StPO.[53]) Ist diese Frist

---

[53]) Löwe-Hellweg Bem. 1 zu § 216 lassen diese Vorschrift für schöffengerichtliche Sachen nur gelten, sofern nicht nach § 211 verfahren werde. Allein in den beiden ersten Fällen des § 211 erfolgt überhaupt keine Ladung; für den dritten Fall aber, in dem geladen wird, hat der Gesetzgeber von Beobachtung des § 216 nicht dispensiert.

Auch John Bd. II S. 803, 806 hält § 216 für unanwendbar.

Ein gutes argumentum e contrario gewährt § 265 StPO., indem hier die Zu-

nicht eingehalten worden, so kann der Angeklagte die Aussetzung der Verhandlung verlangen, so lange mit der Verlesung des Ladungsinhaltes (im Normalverfahren: des Eröffnungsbeschlusses) nicht begonnen ist, § 216 Abs. 2 in analoger Anwendung.

Die Geringfügigkeit blosser Übertretung darf nicht eingewandt werden. Auch gegenüber solcher Beschuldigung muss dem Angeklagten die Möglichkeit freistehen, seine Verteidigung genügend vorzubereiten. Kann doch auch eine Übertretung ehrenrührigen Charakter haben (Mundraub, Betteln, Vagabondage etc.), die schwerwiegende Folge der korrektionellen Nachhaft begründen u. s. w. Und wie dem auch sei, unter allen Umständen fordert das Interesse des Unschuldigen, unbestraft zu bleiben, ausreichenden prozessualen Schutz. Bei Wegfall jeder Ladungsfrist könnte der Staatsanwalt seinen Gegner mit Verhandlung und Aburteilung einfach überrumpeln.

Die Zulässigkeit sofortiger Hauptverhandlung gegen den freiwillig Erschienenen und den Vorgeführten ist eben dieser Voraussetzungen halber kein Gegengrund. Insbesondere bei der Vorführung durfte das Gesetz als Normalfall unterstellen, dass die Massregel materiell begründet war. Erweist sie sich als rechtswidrig, so entfällt das besondere Verfahren. Erscheint sie nur materiell ungerechtfertigt, so kann allerdings der Betroffene nur nach richterlichem Ermessen Aussetzung der Verhandlung erwirken. Aber diese Ausnahme darf doch nicht für das Verfahren bei Übertretung die Norm abgeben.

f) Die Staatsanwaltschaft hat die von ihr geladenen Zeugen und Sachverständigen, wenn sie nicht in der Ladung des Beschuldigten genannt sind, diesem rechtzeitig vor dem Termin namhaft zu machen, § 221 Abs. 2 StPO. Dieselbe Verpflichtung trifft den Angeklagten der Staatsanwaltschaft gegenüber betreffs der von ihm unmittelbar geladenen oder zur Verhandlung zu stellenden Zeugen und Sachverständigen, § 221 Abs. 1. Jede Partei hat das Recht, Aussetzung der Hauptverhandlung zu bean-

---

stimmung des Angeklagten zur sofortigen Verhandlung auch dann gefordert wird, wenn die neu inkriminierte That eine Übertretung ist, was ohne Annahme sonst bestehender Ladungsfrist unerklärlich wäre.

Binding Grundriss § 109 konstatiert, dass das Verfahren, abgesehen vom Wegfalle des Eröffnungsbeschlusses etc. ganz in den Formen des ordentlichen Prozesses verlaufe, ist also wohl der hier vertretenen Meinung.

tragen, wenn ihr ein zu vernehmender Zeuge oder Sachverständiger vom Gegner so spät namhaft gemacht oder eine zu beweisende Thatsache so spät vorgebracht worden ist, dass es ihr an der zur Einziehung von Erkundigungen erforderlichen Zeit gefehlt hat, § 245 Abs. 2. Entscheidung des Gerichts über den Antrag nach freiem Ermessen, § 245 Abs. 4. Es ist hiernach dringend ratsam, dass die Staatsanwaltschaft ihre Beweismittel stets im Ladungsantrag benennt und sie in der Ladung dem Beschuldigten mitgeteilt werden.

g) Wird eine Vertagung erforderlich und kann dabei die Zeitgrenze des § 228 nicht eingehalten werden, so bleibt doch die Prozessbegründung bei Bestand, denn es wird ja nur dem früher anberaumten Termin zur Hauptverhandlung ein anderer substituiert.

III. Rechtshängigkeit.

Es versteht sich, dass die Einleitung einer besonderen Prozedur in vorhandener Rechtshängigkeit ebenso ein Hindernis findet, wie die normale Klagerhebung, und umgekehrt. Zu untersuchen ist nur, durch welche Momente die Rechtshängigkeit im besonderen Verfahren begründet und aufgehoben wird.

1. Die Rechtshängigkeit beginnt in den beiden ersten Fällen des § 211 mit dem Klagvortrag im Termin, im dritten mit dem Antrage auf Ladung des Beschuldigten.

Klagrücknahme ist in den beiden ersten Fällen nicht möglich, weil die Untersuchung zur Zeit des Klagvortrags schon eröffnet ist; der Antrag auf Ladung ist bis zu deren Vornahme widerruflich.

Die Rechtshängigkeit endet mit definitiver Rücknahme der Klagzulassung, mit rechtskräftiger Weigerung der unmittelbaren Ladung des Beschuldigten, mit definitiver Einstellung wegen fehlender Prozessvoraussetzung und mit rechtskräftigem Sachurteil.

2. Der Kompetenzvorzug des § 12 StPO. schliesst sich auch an das latente Eröffnungsdekret an.[54]) Er ist in den beiden ersten Fällen des § 211 sofort mit der Klagerhebung vorhanden, weil sofort auch die Unter-

---

[54]) Löwe-Hellweg zu § 12 Bem. 3b lassen den Beginn der Hauptverhandlung entscheiden, was nicht präzis und für den dritten Fall des § 211 entschieden unrichtig ist.

suchung über die Klage eröffnet ist. Bei Verfolgung wegen Übertretung genügt nicht die blosse Terminsanberaumung, die nur factum internum, noch nicht Prozessthatsache ist, sondern erst die Herbeiführung der Ladung ergibt den Untersuchungsbeginn; das latente Dekret muss sich erst nach aussen manifestiert haben, ehe es als erlassen gelten kann.

Es ist der Einwand zu erwarten, das latente Dekret könne nicht alsbald den Kompetenzvorzug wirken, wie er nach § 12 StPO. mit einem formulierten Eröffnungsbeschluss eintrete, denn der Richter behalte ja bis zum Urteil das Recht des Widerrufs, eine ihn bindende Verfügung liege nicht vor, definitive Eröffnung stehe erst nach Wegfall der Widerrufsmöglichkeit, also mit dem Urteilserlass, fest. Allein, wenn es bei dem latenten Dekret bewendet, so muss doch Kompetenzvorzug im Verhältnis zu andern Gerichten ex tunc, von der Eröffnung an, statuiert werden. Es kann nicht die Untersuchung als eröffnet gelten erst im Zeitpunkte ihrer Beendigung durch Urteil. Die Wirkung des Eröffnungsdekrets wird durch Widerruf resolviert, nicht durch Nichtwiderruf erst begründet. Dass Rücknahme in erheblich weiterem Umfange freisteht als Einstellung nach vorangegangenem Eröffnungsbeschlusse möglich ist, kann einen Unterschied in der Auffassung des Untersuchungsbeginns nicht begründen.

Bei der Verhandlung gegen den freiwillig erschienenen und den vorgeführten Beschuldigten hat diese Frage praktische Bedeutung wohl nur im Falle der Aussetzung, da sonst die eben eröffnete Untersuchung auch alsbald in continenti beendet wird. Dagegen können bei Verfolgung wegen Übertretung Beginn und Ende der Untersuchung durch erhebliche Zwischenfrist getrennt sein.

3. War bei einem andern Gerichte bereits geklagt, so ist das latente Eröffnungsdekret wegen Rechtshängigkeit zu weigern.

Stellt sich heraus, dass ein anderes zuständiges Gericht schon eröffnet hatte, so ist das Dekret wegen § 12 zurückzunehmen. Andernfalls läge Kompetenzkonflikt vor, der im Wege des § 14 zu beenden wäre. Doch wird es zu solchem Austrage wohl nur bei dem dritten Thatbestande des § 211, bei Verfolgung wegen Übertretung, kommen. Denn in den beiden andern Fällen folgt regelmässig (nur bei Aussetzung in der Frist des § 228 nicht) das Urteil der Eröffnung auf dem Fusse, und nach Urteilserlass gibt es keinen Kompetenzkonflikt mehr. Der Kompetenzentscheid nach § 14 will bestimmen, welches Gericht sich der Unter-

suchung und Aburteilung zu unterziehen habe, und den übrigen die Aktion untersagen. Anweisung und Verbot kämen nach gefälltem Urteile zu spät. Wohl wäre das Urteil wegen Inkompetenz anfechtbar. Denn das Gericht ist durch die frühere Eröffnung seitens des andern zuständigen Gerichts selbst unzuständig geworden und war verpflichtet, aus diesem Grunde von Amtswegen einzustellen, ohne durch die Norm des § 18 („Nach Eröffnung des Hauptverfahrens darf das Gericht seine Unzuständigkeit nur auf Einwand des Angeklagten aussprechen") beschränkt zu sein.

4. Nach § 16 StPO. hat der Angeklagte den Einwand der Unzuständigkeit bei Verlust desselben bis zur Verlesung des Beschlusses über die Eröffnung des Hauptverfahrens geltend zu machen. Dass diese Vorschrift die Berufung des Angeklagten auf den Kompetenzvorzug eines anderen Gerichts gemäss § 12 nicht beschränkt, steht fest, da deshalb stets schon ex officio einzustellen ist. Aber es fragt sich, mit welchem Momente in den Spezialverfahren ohne Eröffnungsbeschluss das Rügerecht des Angeklagten betreffs anderweiter, von Anfang an vorhandener Unzuständigkeit erlischt.[55])

Ist der Beschuldigte freiwillig erschienen, hat er also erklärt, sich dem Spruche des Gerichts fügen zu wollen, so liegt darin ein wirksamer und bei der Unwiderruflichkeit der Erklärung ebenfalls unwiderruflicher Verzicht auf den Unzuständigkeitseinwand.

In der Verhandlung mit dem Vorgeführten ist der Klagvortrag die Klage, auf die Einlassung zu erfolgen hat. Der Beschuldigte ist befugt, aber nicht verbunden, auf die Unzuständigkeit hinzuweisen, schon ehe der Amtsanwalt zur Klage zugelassen und als Kläger wirklich aufgetreten ist. In seiner Vernehmung auf die Klage aber muss er bei Meidung des Ausschlusses den Einwand geltend machen. Dem Wesen der Spezialprozedur, die durchaus von der Tendenz schleuniger Erledigung beherrscht

---

[55]) In der Litteratur wird bei Beantwortung dieser Frage nicht zwischen den drei Thatbeständen des § 211 unterschieden. So lassen Löwe-Hellweg zu § 16 Bem. 7 den Einwand durchgängig bis zum Schlusse der Vernehmung des Beschuldigten zu. Ebenso Stenglein das. Bem. 1a; Puchelt das. Bem. 7. John Bd. I S. 269: bis zum Beginn dieser Vernehmung.

v. Kries S. 177 dagegen entscheidet sich für den Beginn der mündlichen Klagerhebung.

wird, widerspricht völlig die mehrfach vertretene Meinung, der Einwand sei in Ermangelung einer ausdrücklichen Präklusivvorschrift im Gesetz bis zum Schluss der Verhandlung zulässig, während ihm doch im Normalverfahren nur bis zur Verlesung des Eröffnungsbeschlusses Raum gegeben ist. Präklusiv ist also der Vernehmungsschluss.

Bei Verfolgung wegen Übertretung wird zu Beginn der Verhandlung statt eines Eröffnungsbeschlusses die Ladung verlesen. Es ist daher nur konsequent, an diesen stellvertretenden Akt die Präklusionswirkung des § 16 anzuknüpfen. Der Angeklagte hat bis zur Verlesung die Inkompetenz geltend zu machen.

5. Auch für die drei Spezialverfahren des § 211 gilt das Verbot im § 18: „Nach Eröffnung des Hauptverfahrens darf das Gericht seine Unzuständigkeit nur auf Einwand des Angeklagten aussprechen.“ Dem formulierten ist hier das latente Dekret einfach gleichzusetzen.[56] Die Behauptung, dem Eröffnungsbeschluss entspreche bei § 211 erst der Verhandlungsschluss,[57] nimmt dem § 18 jeden Inhalt, weil dann eben keinerlei Beschränkung bestehen würde, und übersieht das latente Eröffnungsdekret, vor dessen Erlass der Richter zur Prüfung der Zuständigkeit allerdings in der Lage ist. Und ein wunderlicher Widerspruch ist es, den Einwand des Angeklagten früher abzuschneiden, als, wenigstens den Worten nach, die Inkompetenzerklärung auf solchen Einwand hin.

Das Verbot des § 18 hindert das Gericht am Widerrufe des latenten Dekrets aus dem Grunde der Unzuständigkeit.

§ 4. Verfahren bei amtsrichterlichen Strafbefehlen.

I. Prozessbegründung.

1. Antrag auf Strafbefehl gilt eventuell als Antrag an den Amtsrichter auf Eröffnung des Hauptverfahrens oder, wenn die Verfolgung nur eine Übertretung betrifft, auf unmittelbare Ladung des Beschuldigten zur Hauptverhandlung.

Der Antrag hat inhaltlich den Erfordernissen einer schöffengerichtlichen Anklageschrift zu genügen, § 198 Abs. 1.[58]

[56]) Im wesentlichen richtig John, Komm. Bd. I S. 278.

[57]) So Löwe-Hellweg zu § 18 Bem. 2c.

[58]) Vgl. Löwe-Hellweg zu § 448 Bem. 1a; v. Schwarze Erörterungen aus dem Strafprozessrecht Bd. I S. 7; v. Kries S. 740; Bennecke S. 677 etc.

Findet der Amtsrichter Bedenken, die Strafe ohne Hauptverhandlung festzusetzen, so ist die Sache zur Hauptverhandlung zu bringen. Dasselbe gilt, wenn der Amtsrichter eine andere als die beantragte Strafe festsetzen will und die Staatsanwaltschaft bei ihrem Antrage beharrt. Vgl. § 448 Abs. 2. Die Bedenken können thatsächlicher oder rechtlicher Art sein, die Beweisfrage, die Subsumtionsfrage, die Straffrage, die Frage der Zulässigkeit eines Strafbefehls betreffen.

Die Anordnung der Hauptverhandlung geschieht entweder durch Erlass eines Eröffnungsbeschlusses oder im Wege des § 211 unmittelbar durch Anberaumung des Hauptverhandlungstermins und Ladung dazu.

Der erstere Weg ist bei Verfolgung wegen Vergehens (§ 27 N. 2 GVG.) der allein zulässige.[59]) Es gelten dabei die allgemeinen Voraussetzungen für Eröffnung des Hauptverfahrens durch formulierten Beschluss, §§ 201 fg.

Betrifft die Verfolgung nur eine Übertretung (§ 27 N. 1 GVG.), so ist bei Nichterlass des Strafbefehls dem Modus des § 211 der Vorzug zu geben. In diesem Falle gelten auch nur die hierfür massgebenden Voraussetzungen. Es schadet dann also nicht, wenn der Antrag den Anforderungen einer Anklageschrift nicht entspricht, wofern nur eine bestimmte, als Übertretung sich charakterisierende That in ihm inkriminiert ist.

2. Abweisung des Antrags erfolgt, wenn nach Ansicht des Gerichts die Eröffnung des Hauptverfahrens aus rechtlichen oder thatsächlichen Gründen unstatthaft ist und auch der Modus des § 211 StPO. nicht anwendbar erscheint.[60]) Gegen diesen Beschluss steht dem Staatsanwalt die sofortige Beschwerde zu, § 209 Abs. 2.[61]) Vorläufige Einstellung nach § 203 (wenn dem weiteren Verfahren Abwesenheit des Angeschuldigten

---

[59]) Unrichtig Thilo zu § 448 Bem. 2; Meves in v. Holtzendorffs Handbuch Bd. II S. 392 (Eröffnungsbeschluss sei immer entbehrlich).

[60]) Zimmerle Gerichtssaal Bd. 50 S. 44 fg. will mit Unrecht auch dann abweisen, wenn lediglich die spezifischen Erfordernisse des Antrags auf Strafbefehl mangeln.

Richtig Friedländer Z. f. Strafrechtswissensch. Bd. 18 S. 522.

[61]) Vgl. Löwe-Hellweg zu § 448 Bem. 5; Stenglein das. Bem. 3; Geyer Lehrbuch S. 872; v. Kries S. 741; Ullmann S. 559.

Dalcke das. Bem. 3; Puchelt Bem. 3; Thilo Bem. 2 lassen, die Analogie des § 209 verkennend, einfache Beschwerde zu.

oder der Umstand entgegensteht, dass derselbe nach der That in Geisteskrankheit verfallen ist) erscheint, vorausgesetzt, dass der Antrag den Erfordernissen einer Anklageschrift genügt und demnach abgesehen von dem vorhandenen Prozesshindernis zum Eröffnungsbeschluss hätte führen können, nicht ausgeschlossen.[62])

Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluss aus dem Grunde, weil nicht vielmehr Strafbefehl erlassen worden sei, findet nicht statt. Noch weniger wäre solche gegen das latente Eröffnungsdekret des § 211 möglich.

3. Ist gegen einen Strafbefehl rechtzeitig und rechtsgültig Einspruch erhoben worden, so wird zur Hauptverhandlung vor dem Schöffengerichte geschritten, § 451. Ein formulierter Eröffnungsbeschluss entfällt. Das Eröffnungsdekret ist latent und liegt in Anberaumung der Hauptverhandlung und Veranlassung der Ladung.

Unzulässiger Einspruch wird durch formuliertes, beschwerdefähiges Dekret verworfen.[63])

Einspruch im Rechtssinne liegt nur vor, wenn aus dem Strafbefehl eine bestimmte That erhellt und in der fraglichen Verfügung die Tendenz objektiviert ist, als amtsrichterlicher Strafbefehl zu wirken, möchten immerhin die Erfordernisse des § 449 StPO. nicht gewahrt sein. Das Bedürfnis, eine klare Rechtslage zu schaffen, führt zur Zulassung des Einspruchs auch gegen einen rechtsungültigen Strafbefehl, aber der Rechtsbegriff eines „Einspruchs“ muss unbedingt erfüllt sein.[64])

Das latente Eröffnungsdekret ist auch hier widerruflich. Es kann noch in der Hauptverhandlung unter Verwerfung des nun als unzulässig erkannten Einspruchs revoziert und so das Hauptverfahren wieder aufgehoben werden.

Das revozierende Dekret ist formuliert und anfechtbar.

4. Das auf Einspruch hin eröffnete Hauptverfahren ist wieder einzustellen, unter Bekanntgabe des Beschlusses an beide Teile, wenn bis zum Beginne der ersten Hauptverhandlung[65]) entweder die Staatsanwaltschaft die Klage fallen lässt oder der Einspruch zurückgenommen wird, § 451 StPO.

---

[62]) Vgl. Zimmerle S. 55.

[63]) Vgl. auch Rintelen Strafprozess § 51 unter 5b.

[64]) Erheblich abweichend Friedländer S 671 fg., 685 fg.

[65]) Massgebend ist der formelle Beginn der Hauptverhandlung, § 242 Abs. 1 StPO., nicht der Beginn der Sachverhandlung.

5. Rechtsungültigkeit des Strafbefehls kann zu dessen Rücknahme durch das Gericht vor Einspruchserhebung — nur der gültige Strafbefehl ist irrevokabel —, nicht aber zur Verwerfung des Einspruchs und damit zur Desavouierung der richterlichen Handlung, des Strafbefehls, durch das Gericht selbst, das ihn doch formell bestehen liesse, führen. Mit Erhebung des Einspruchs wird Rücknahme des Strafbefehls unmöglich. Es kann jetzt nur noch durch Zurücknahme der Klage seitens des Staatsanwalts der Anspruch des Beschuldigten auf Hauptverfahren beseitigt werden (§ 451 Abs. 1 StPO.). Einstellung des eröffneten Hauptverfahrens ist nur aus den allgemeinen Gründen, nicht wegen Ungültigkeit des Strafbefehls, statthaft.[66]) Der Einspruch hat keineswegs den Charakter einer Beschwerde über den Strafbefehl, er ist das Verlangen eines Hauptverfahrens über die That des Strafbefehls.[67])

Nur das Spezialurteil des § 452 („bleibt der Angeklagte ohne genügende Entschuldigung in der Hauptverhandlung aus und wird er auch nicht durch einen Verteidiger vertreten, so wird der Einspruch ohne Beweisaufnahme durch Urteil verworfen") scheint in rechtlicher Unzulässigkeit des Strafbefehls, z. B. wegen Überschreitung der Strafgrenze des § 447 Abs. 2, ein Hindernis zu finden.[68]) Aber die Verwerfung des Einspruchs ist keineswegs Bestätigung des Strafbefehls. Der Angeklagte verwirkt nur durch unentschuldigtes Ausbleiben in der (ersten)[69]) Hauptverhandlung den Anspruch auf Verhandlung und Entscheidung über die That des Strafbefehls. Es ist daher das eröffnete Hauptverfahren durch das

---

Bei einer Mehrheit von Hauptverhandlungen ist ohne Rücksicht auf die Frist des § 228 nur die erste entscheidend.

Vgl. Löwe-Hellweg zu § 451 Bem. 3; Stenglein das. Bem. 3; v. Kries S. 743. A. A. Schultzenstein in Goltd. Arch. Bd. 29 S. 444 fg.; Bennecke S. 680 Anm. 26.

[66]) Ebenso RG. 2 StrS. E. Bd. 31 S. 302 fg.

[67]) Das Gericht ist daher an den im Strafbefehl enthaltenen Ausspruch in keiner Weise gebunden, § 451 Abs 3, und es besteht nicht das Verbot einer reformatio in pejus (Motive S. 242)

[68]) So Binding Grundriss § 111.

S. auch Voitus Kontroversen Bd. 1 S. 387 fg.

[69]) Nach Analogie der Einspruchsrücknahme, die nur bis zum Beginne der ersten Hauptverhandlung erfolgen kann, ist anzunehmen, dass Entfernung des Angeklagten nach Beginn der Verhandlung und sein Ausbleiben in weitern Hauptverhandlungen Verwerfung des Einspruchs nicht nach sich ziehen. Überein-

Verwerfungsurteil des § 452 wieder einzustellen. Bei absoluter Ungültigkeit eines Strafbefehls (wegen einer im Befehl selbst als Verbrechen charakterisierten That, unter Verhängung unzulässiger Strafe etc.) tritt trotz Versäumung oder Verwerfung des Einspruchs die Wirkung materieller Rechtskraft (Vollstreckbarkeit, Verbrauch der Strafklage etc.) nicht ein.[70]) Ist das Verwerfungsurteil rechtskräftig geworden,[71]) steht also fest, dass ein Hauptverfahren über die That des Strafbefehls nicht stattfindet, so kann ein absolut nichtiger Strafbefehl vom Gericht wieder zurückgezogen werden.

II. Klagerhebung.

1. Der Strafbefehl hat für den Fall des Einspruchs insofern gleiche Bedeutung wie eine Klage, als zur Hauptverhandlung geschritten werden muss, ohne dass noch ein besonderer Klagerhebungsakt erfolgt.

Schon dem Antrage auf Strafbefehl kommt, wie sich unter I ergeben hat, eventuelle Klagfunktion zu. Er wirkt, falls das Gericht Strafbefehl zu geben nicht in der Lage ist, als Antrag auf Einleitung des Hauptverfahrens. Mit dem Erlasse des Strafbefehls erledigt sich diese eventuelle Qualität. Wird hingegen statt Strafbefehls Eröffnungsbeschluss erlassen oder Hauptverhandlung anberaumt unter Ladung des Beschuldigten (§ 211), so geschieht das weitere Klagen im Termin ganz ebenso, als ob direkt Eröffnungsbeschluss oder Ladung beantragt wäre.

2. Der Antrag auf Strafbefehl ist nicht schon als solcher Klage. Es wird ja durch ihn vielmehr ein Verfahren erstrebt, das den Prozess

---

stimmend Löwe-Hellweg zu § 452 Bem. 1b; Stenglein das. Bem. 2. A. A. Bennecke S. 681 Anm. 30. Es sind vielmehr in diesen Fällen, sofern nicht ein Verteidiger anwesend ist und seine Anwesenheit genügt (das Gericht kann nach § 235 persönliches Erscheinen angeordnet haben), die gewöhnlichen Ungehorsamsfolgen (nach §§ 229 Abs. 2, 230) massgebend.

[70]) Nicht zutreffend Friedländer S. 512 fg.

[71]) In der Berufungsinstanz ist Sachverhandlung nur möglich, wenn nach Ansicht des Berufungsgerichts der Einspruch zu Unrecht verworfen war und nicht etwa Zurückverweisung an die erste Instanz angezeigt erscheint (§ 369 Abs. 2 StPO.). Teilt das Berufungsgericht den Standpunkt des Verwerfungsurteils, so ist ohne neue Sachverhandlung die Berufung durch Urteil zurückzuweisen.

Vgl. auch Löwe-Hellweg zu § 452 Bem. 3; Geyer S. 875; Ullmann S. 562.

vermeiden will.[72]) Wäre der Antrag principaliter Klage, so bliebe auch unerklärlich, weshalb § 451 StPO. der Staatsanwaltschaft im Falle des Strafbefehlserlasses die Klagrücknahme erst nach der Einspruchserhebung erlaubte. Es müsste dann doch dem Kläger erst recht frei stehen, die als haltlos erkannte Klage schon vor Einspruchserhebung zurückzunehmen und so die Zurückziehung des erlassenen Strafbefehls zu erwirken.[73]) Begründet erst der Einspruch die Rücknehmbarkeit der Klage, so ist der Schluss unabweislich, dass eben erst infolge des Einspruchs die Klagqualität zum Vorschein kommt.

Die Thatsache, dass der Strafbefehl in Ermangelung rechtzeitigen Einspruchs die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils erlangt, § 450, nötigt

---

[72]) Der Antrag auf Strafbefehl ist Versuch, einen Vollstreckungstitel ohne Prozess zu erlangen. Es soll nicht durch den Strafbefehl ein vorhandener Thatbestand rechtlich normiert, sondern ein neuer, zur Vollstreckung berechtigender Thatbestand geschaffen werden. Allerdings kann der Strafbefehl auch aus faktischem Grunde versagt werden und es findet insofern eine gewisse summarische Kognition zur Schuldfrage statt. Allein inzidente Feststellungen und Dezisionen kommen sehr häufig bei Verfahren vor, die zweifellos nicht „Prozess" sind.

Bestimmend für das juristische Wesen einer Prozedur kann nur deren Grundrichtung und Endzweck sein. Das Ziel ist hier Herbeiführung eines Urteilsäquivalents unter Vermeidung des Prozesswegs. Das Strafbefehlsverfahren ist gleich seinem civilen Vorbilde, dem Mandatsverfahren, theoretisch richtig zu charakterisieren als ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, das bei rechtzeitigem Einspruch einen Prozess auslöst.

Näheres Eingehen auf die Prinzipienfrage ist nicht am Platze. Die durchaus herrschende Meinung behandelt das Strafbefehlsverfahren kurzweg als Prozess (Bedenken bei Bennecke S. 674 Anm. 4), ohne die grossen Schwierigkeiten dieser Auffassung und die fundamentale Verschiedenheit des „Prozesses" vom Rechte der StPO. zu würdigen. Eine diesen Besonderheiten Rechnung tragende, in sich geschlossene juristische Konstruktion hat allererst Binding Grundriss 4. Aufl. § 111 gegeben.

Nicht zu verwechseln mit der materiellen Rechtsfrage ist die formale Auslegungsfrage, ob in bestimmten Gesetzesstellen, z. B. im Publikationsverbote des § 17 Reichspressgesetzes, im Strafgesetz wider Rechtsbeugung (§ 336 StGB.), unter „Strafprozess", „Rechtssache" das Strafbefehlsverfahren (und Strafverfügungsverfahren etc.) mit verstanden ist (vgl. RG. 1 StrS. E. Bd. 25 S. 276 fg.; 2. StrS. Bd. 28 S. 141 fg.).

[73]) Nur Dalcke zu § 451 Bem. 1 gestattet die Rücknahme schon vor der Einspruchserhebung.

keineswegs zur Annahme prinzipaler Klagqualität des Antrags.[74]) Auch Urteilssurrogate können die Klagbefugnis beseitigen und der Strafbefehl ist nur ein solches. Ein definitiv vollstreckbarer Zahlungsbefehl begründet auch Rechtskraft und doch ist der Antrag auf Zahlungsbefehl gewiss nicht eine prinzipale Civilklage.[75]) Ebenso kann die Anmeldung im Konkurse nicht als Klage betrachtet werden, der Eintrag der unbestritten gebliebenen Forderung in die Tabelle aber hat Rechtskraftswirkung.[76])

Vielmehr ist der Strafbefehl selbst für den Fall rechtzeitigen und rechtsgültigen Einspruchs als Klage zu betrachten. Im antragsgemässen Strafbefehl klagt eventuell die Staatsanwaltschaft. Es erübrigt sich daher eine besondere Klagerhebung, die an sich, nachdem der Versuch, einen Vollstreckungstitel ausserprozessualisch zu erlangen, am Einspruche des Gegners gescheitert ist, am Platze wäre. Die Analogie zu § 696 CPO. ist frappant: „Gehört eine wegen des Anspruchs zu erhebende Klage vor die Amtsgerichte, so wird, wenn rechtzeitig Widerspruch erhoben ist, die Klage als mit der Zustellung des Zahlungsbefehls bei dem Amtsgericht erhoben angesehen, welches den Befehl erlassen hat.“ Mit dem Erlasse, d. i. der Zustellung des Strafbefehls, ist im Falle des Einspruchs die Klage gegeben. Diese Klagqualität wird erst durch Strafbefehl und Einspruch begründet, es kann daher insofern nicht schon der Antrag auf Strafbefehl als Klage gelten.

Bis zum Beginne der (ersten) Hauptverhandlung kann die Staatsanwaltschaft die Klage fallen lassen, § 451 Abs. 1. Das ist Ausnahme gegenüber der im § 154 als Regel ausgesprochenen Unwiderruflichkeit der Klage nach eröffneter Untersuchung: es hat mit der Ladung zur Hauptverhandlung die Untersuchung bereits begonnen. Dagegen kann

---

[74]) Zu näherer Bestimmung der Rechtskraftswirkung nach § 450 ist hier nicht der Ort.

[75]) Sehr gut bemerkt Kohler Prozess als Rechtsverhältnis S. 44, 45: „Der Antrag auf Zahlungsbefehl in einer amtsgerichtlichen Sache enthält eine eventuelle Klage, eine Klage nämlich für den Fall, dass der Gegner Widerspruch erhebt.“

[76]) Mit vollem Rechte stellt Dernburg preuss. Privatrecht II S. 276 das Konkursverfahren zur freiwilligen Gerichtsbarkeit und bestreitet S. 313 dem Prüfungsverfahren den Charakter einer Prozessverhandlung.

nicht schon im Erlass des Strafbefehls Prozesseinleitung erblickt werden, auch nicht bei Hinzutreten des Einspruchs. Der Strafbefehl eröffnet nicht eine Untersuchung, sondern will womöglich die Sache ohne Untersuchung erledigen. Wird Einspruch erhoben, so ist nun Hauptverhandlung anzuberaumen und Ladung zu veranlassen, d. h. die Untersuchung zu eröffnen.

Der Strafanspruch wird durch die Klagrücknahme nicht aufgehoben, mit ihm bleibt das Recht der Neuklage.

5. In der Hauptverhandlung erübrigt sich ein besonderer Klagvortrag. Vielmehr ist an Stelle eines Eröffnungsbeschlusses der Inhalt des Strafbefehls zu verlesen.[77] Zu einer Ergänzung durch den Kläger, hülfsweise durch das Gericht, ist Veranlassung, wenn der Strafbefehl nicht allen Erfordernissen des § 449 Abs. 1 StPO. entsprochen haben, z. B. das anzuwendende Strafgesetz nicht genannt haben sollte. Fehlte jedoch die Angabe einer bestimmten That im Strafbefehl, so wären Befehl und Einspruch ungültig und der letztere noch nachträglich zu verwerfen.

Die Vorschriften des § 264 StPO. sind analog anwendbar.[78]

Die Ladungsfrist des § 216 Abs. 1 gilt unbestritten.

Die Beweismittel des Klägers waren im Strafbefehl zu bezeichnen, § 449 Abs. 1. Übrigens gilt für beide Parteien die Pflicht des § 221 (zu rechtzeitiger gegenseitiger Mitteilung von weitern Zeugen- etc. Ladungen) und das Recht, Aussetzung zu beantragen gemäss § 245 (bei zu später Mitteilung etc.).

6. Bleibt der Angeklagte in der ersten Hauptverhandlung ohne genügende Entschuldigung aus und wird er auch nicht durch einen Verteidiger vertreten, so wird der Einspruch ohne Beweisaufnahme durch Urteil verworfen, § 452 Abs. 1 StPO. Mit der Rechtskraft dieses Urteils ist der Einspruch beseitigt und sonach dem Strafbefehl ex tunc der Charakter der Klage entzogen. Der Angeklagte bewirkt durch seine Säumnis, dass der Auftrag an den Richter zum Sachurteil infolge eingetretenen Klagmangels erlischt. Das Urteil des § 452 involviert also Einstellung des Hauptverfahrens. Die Verhandlung besteht nur in Konstatierung der Voraussetzungen des Verwerfungsurteils und in dessen Er-

[77]) Vgl. auch Meves S. 404; Friedländer S. 685; Birkmeyer S. 772.

[78]) Übereinstimmend v. Kries S. 743; Friedländer S. 685.

lass; Urteilsantrag des Staatsanwalts ist nicht erforderlich, Verlesung des Strafbefehls überflüssig.

III. Rechtshängigkeit.

1. Der Antrag auf Strafbefehl bezielt einen richterlichen Akt, der entweder alsbald zu einem Vollstreckungstitel wider den Beschuldigten oder zum Hauptverfahren führt. Der Antrag ist stets Erhebung des Strafanspruchs: principaliter im ausserprozessualen Verfahren, jedoch mit Möglichkeit eines Strafprozesses bei rechtzeitigem Einspruch; eventualiter prozessuale Erhebung, falls der Amtsrichter Bedenken findet, die Strafe ohne Hauptverhandlung festzusetzen, und die Sache daher zur Hauptverhandlung bringt. Folglich ist mit Stellung des Antrags, nicht erst mit Erlass des Strafbefehls, Rechtshängigkeit anzunehmen.[79]) Dass im Civilprozesse erst durch Zustellung des Zahlungsbefehls Rechtshängigkeit begründet wird, § 693 CPO., ist Folge der freien Verfügung des Gläubigers über den Zahlungsbefehl; die Zustellung hängt von seiner Entschliessung ab.

Der Antrag ist wegen Rechtshängigkeit abzuweisen, wenn vor einem andern Gericht bereits geklagt war.

Der Strafbefehl ist unwiderruflich, selbst wenn sich ergeben sollte, dass ein anderes Gericht das Hauptverfahren bereits eröffnet hatte.[80]) Der Beschuldigte muss dann eben zum Einspruche gegen den Strafbefehl greifen und sich im Hauptverfahren auf den Kompetenzvorzug des andern Gerichts berufen.

2. Die Rechtshängigkeit endet mit definitiver Abweisung des Antrags, mit formeller Rechtskraft des Strafbefehls (§ 450 StPO.),[81]) mit Zurücknahme der Klage (§ 451), mit definitiver Einstellung des Verfahrens und mit rechtskräftigem Urteil.

3. Der Erlass des Strafbefehls wirkt Kompetenzvorzug. Das Gericht hat damit die Strafsache definitiv okkupiert: principaliter zwecks ausserprozessualer, eventualiter zwecks prozessualer Erledigung. Sonach ist in jedem Falle, mag es zum Hauptverfahren kommen oder nicht, Prävention

---

79) Daraus folgt auch analoge Anwendung des § 8 Abs. 1 StPO.

80) Übereinstimmend Bennecke S. 677 Anm. 6.

81) Die formelle Rechtskraft bedeutet bei absoluter Ungültigkeit des Strafbefehls nicht zugleich materielle Rechtskraftswirkung.

anzunehmen, der Strafbefehl in der Wirkung des § 12 einem Eröffnungsdekret gleichzustellen.[82])

4. Den Einwand der Unzuständigkeit kann der Angeklagte in der Hauptverhandlung nur bis zur Verlesung des Strafbefehls geltend machen, § 16 StPO. in analoger Anwendung.

5. An der Geltung des § 18 ist nicht zu zweifeln. Sofort mit dem latenten Eröffnungsdekret ist auch das Verbot an das Gericht vorhanden, seine Unzuständigkeit anders als auf Einwand des Angeklagten auszusprechen.

Das Verbot schon vom Erlasse des Strafbefehls an zu datieren,[83]) ist unpräzis, da es dann noch am Angeklagten fehlen würde, und im Grunde nur ein falscher Ausdruck für die Unwiderruflichkeit des Strafbefehls (abgesehen von Klagrücknahme nach Einspruchserhebung) und für die selbstverständliche Thatsache, dass Einspruch nicht abgewiesen werden kann wegen Unzuständigkeit des Gerichts zum Erlasse des Strafbefehls.

§ 5. Verfahren nach vorangegangenen Strafverfügungen und Strafbescheiden.

I. Prozessbegründung.

1. Ist gegen eine Strafverfügung oder einen Strafbescheid rechtzeitig und rechtsgültig auf gerichtliche Entscheidung angetragen (vgl. die §§ 453, 454, 459, 460 StPO.),[84]) so wird zur Hauptverhandlung vor dem Schöffengericht, bei Strafbescheid vielleicht vor der Strafkammer, geschritten, ohne dass es der Einreichung einer Anklageschrift oder einer Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens bedarf, §§ 456, 462: also

[82]) Ebenso Löwe-Hellweg zu § 12 Bem. 3b.

[83]) So Thilo zu § 451 Bem. 8; Löwe-Hellweg zu § 18 Bem. 2c.

[84]) Die bestrittene Frage der Zulässigkeit des sog. Submissionsverfahrens (die Straffestsetzung wird durch Unterwerfung des Beschuldigten rechtskräftig, während einfaches Stillschweigen, nicht erst besonderer Antrag, gerichtliches Verfahren notwendig macht) muss hier ausscheiden. Vgl. dazu Meves in v. Holtzendorffs Handbuch Bd. II S. 439. 440; Dalcke zu § 459 Bem. 4; v. Lilienthal in v. Holtzendorffs Rechtslexikon Bd. III S. 804; Arndt in Z. für Strafrechtswissensch. Bd. 5 S. 295 fg.

Eröffnung des Hauptverfahrens durch latentes Dekret, durch Anberaumung der Hauptverhandlung und Ladung dazu.[85])

Besonders lehrreich ist der Fall der Strafkammerzuständigkeit. Anberaumung der Hauptverhandlung durch den Vorsitzenden ohne Befragung des Kollegs wäre hier eine unzulässige negotiorum gestio, die jederzeit, nicht erst im Termin, durch Verwerfung des Antrags seitens des Gerichts desavouiert werden könnte. Über die Rechtsgültigkeit des Antrags und die Zulassung der Hauptverhandlung hat eben nicht der Vorsitzende allein, sondern die Kammer in der Besetzung von drei Mitgliedern (§ 77 GVG.) zu entscheiden, wie auch im Normalverfahren ihr und nicht jenem der Erlass des Eröffnungsbeschlusses zukommt. Nur die Terminsbestimmung nach Zulassung des Antrags durch das Kolleg ist Sache des Vorsitzenden. In der kollegialen Beschlussfassung zeigt sich der Dekretscharakter der Zulassung auf das deutlichste. Das latente Dekret setzt sich hier zusammen aus einem Kollegialbeschluss, der aber internum bleibt, nach aussen nicht hervortritt, und der Ausführungsverfügung des Vorsitzenden, die in Terminsbestimmung und Veranlassung der Ladung liegt und allein zur Kenntnis der Parteien kommt.

Abweisung des Antrags geschieht wieder durch formuliertes, beschwerdefähiges Dekret.

Das latente Dekret ist widerruflich (noch in der Hauptverhandlung, aber auch schon vorher), wenn sich die Unzulässigkeit des Antrags nachträglich ergibt.[86])

2. Der Begriff des Antrags auf gerichtliche Entscheidung ist nur erfüllt, wenn die Strafverfügung, der Strafbescheid eine bestimmte That betrifft[87]) und in dem Dekrete die Tendenz objektiviert ist, als Strafverfügung einer Polizeibehörde im Sinne des § 453, als Strafbescheid einer

---

[85]) Da dem rechtzeitigen und rechtsgültigen Antrage stattgegeben werden muss, so ist für Vorerhebungen des Gerichts, wie sie sonst im Zwischenverfahren zulässig sind, kein Raum. Beweiserhebungen vor der Hauptverhandlung sind nur in demselben Umfang, wie bei andern Strafsachen, statthaft. Nicht ganz klar RG. 3. StrS. E. Bd. 17 S. 254.

Derselben Ansicht auch Voitus in Goltd. Arch. Bd. 29 S. 93 fg. und Huther das. Bd. 37 S. 149 (beide von Löwe-Hellweg zu § 462 Bem. 3 offenbar missverstanden).

[86]) Vgl. auch Löwe-Hellweg zu § 456 Bem. 1. A. M. v. Kries S. 748.

[87]) Dies verkennt Stenglein Gerichtssaal Bd. 43 S. 36.

Verwaltungsbehörde gemäss § 459 StPO. zu wirken,[88]) möchten immerhin die gesetzlichen Voraussetzungen und Formen dabei nicht gewahrt sein.

Aber ist nicht auch die Rechtsgültigkeit der Strafverfügung, des Strafbescheids zur Voraussetzung des latenten Eröffnungsdekrets zu machen? Soll der Richter auch bei Nichtigkeit der Verfügung etc. (Mangel der Vollmacht zu ihrem Erlass, Überschreitung der Strafgrenze etc.) zur Einleitung eines Hauptverfahrens ohne Anklageschrift und formulierten Eröffnungsbeschluss genötigt sein? Kann der Richter den Einspruch gegen einen Strafbefehl nicht aus dem Grunde der Ungültigkeit des letztern verwerfen, weil er damit seinem eigenen Dekrete widersprechen würde, so scheint es anders zu stehen, wenn die Strafverfügung einer Polizei-, einer Verwaltungsbehörde zum Antrage auf gerichtliche Entscheidung geführt hat.

Statuiert man eine solche Prüfungspflicht des Richters, so würde gegen die Ablehnung des Antrags wegen Ungültigkeit der Strafverfügung etc. nur der Antragsteller, nicht auch die Polizeibehörde etc. Beschwerderecht haben. Wohl könnte der Staatsanwalt im Interesse des Beschuldigten anfechten: für diesen wäre die Ablehnung seines Antrags im Rechtssinne ein gravamen, möchte sie ihm immerhin wegen ihrer Begründung thatsächlich sehr erwünscht sein.

Allein es entstände bei solcher Verwerfung eine unklare Rechtslage.

Die Ablehnung wäre nicht Aufhebung der Strafverfügung. Der Betroffene macht nicht einen Aufhebungsanspruch, sondern einen Anspruch auf Verhandlung und Entscheidung über die That der Strafverfügung etc. geltend.[89]) Auch ist gegenüber der Vorschrift des § 458 StPO., die nur

[88]) Sollte die Strafverfügung etc. weder explicite, noch implicite auf eine gesetzliche Grundlage gestützt sein, vielmehr als blosser Willkürakt erscheinen („Strafbescheid" wegen Mordes, „Strafverfügung" einer Polizeibehörde in einem Lande, in dem dieses Institut gar nicht besteht etc.), so wäre der Antrag unter dieser Begründung abzuweisen. Solche Verwerfung hätte dann keineswegs Vollstreckbarkeit der Verfügung zur Folge. Die Möglichkeit derartiger Verfügungen ist theoretisch zu beachten, mag sie auch selten oder nie praktisch werden.

Dagegen ist kein Verwerfungsgrund, dass die Behörde nur in mehr oder minder starkem Rechtsirrtum ihre Legitimation fälschlich angenommen hat. Siehe weiter im Text.

[89]) Unzutreffend ist, dass RG. 3. StrS. E. Bd. 17 S. 252 den Antrag auf gerichtliche Entscheidung als Rechtsmittel gegen die Strafverfügung, den Strafbescheid konstruiert. Dagegen auch Levis in Z. für Strafrechtswissensch. Bd. 19. S. 342.

in einem bestimmten Falle Aufhebung der Strafverfügung durch Urteil zulässt, während von Aufhebung eines Strafbescheides im Gesetze überhaupt nicht die Rede ist, das arg. e contrario nicht abzuweisen, dass im übrigen eben solche Aufhebung dem Gerichte nicht zusteht, am wenigsten in Form eines Beschlusses ohne vorgängige Anhörung der Staatsanwaltschaft über die Rechtsgültigkeit der Verfügung etc.

Würde aber der Antrag verworfen, während die Verfügung etc. an sich fortbestände, so müsste sich für beide Teile, die Polizeibehörde etc. und den Betroffenen, eine sehr bedenkliche, durch Richterspruch nicht zu beseitigende Rechtsunsicherheit ergeben.

Der Richter hat daher nur den Rechtsbestand des Antrags, nicht daneben die Gültigkeit der Strafverfügung etc. zu prüfen.[90]) Der Betroffene mag auf eigene Gefahr vom Antrage Abstand nehmen, wenn er die Verfügung für nichtig erachtet.[91]) Er kann aber in jedem Falle, vorausgesetzt nur, dass ihm eine bestimmte Handlung in der Strafverfügung etc. zur Last gelegt ist etc., gerichtliche Entscheidung über diese Beschuldigung herbeiführen. Auch in der nichtigen Strafverfügung etc. liegt eine Bedrohung der Rechtsposition, die der Betroffene durch Inanspruchnahme des Gerichtsschutzes abzuwehren befugt ist,[92]) während er es sich anderseits gefallen lassen muss, dass ein wirklich verübtes Delikt vom zuständigen Gerichte abgeurteilt wird. So ist das praktische Bedürfnis der Rechtsvergewisserung gewahrt.

---

[90]) Übereinstimmend RG. 3. StrS. E. Bd. 17 S. 249 fg. und R. Bd. 7 S. 462 fg. Ebenso Löwe-Hellweg zu §§ 456 Bem. 3, 462 Bem. 6; Stenglein Gerichtssaal Bd. 43 S. 23 fg.; Birkmeyer S. 784.

Huther's (Goltd. Arch. Bd. 37 S. 136 fg., Bd. 40 S. 112 fg.) scharfsinnige Polemik gegen das Reichsgericht verkennt in sehr charakteristischer Weise das latente Eröffnungsdekret. Ihm ist die Strafverfügung der Eröffnungsbeschluss (darin folgt ihm Levis a. a. O. S. 357) und so findet er in deren Ungültigkeit Grund zur Versagung der Terminsbestimmung und eventuell noch zur Einstellung in der Hauptverhandlung wegen Ungültigkeit des Eröffnungsbeschlusses.

Zu beachten bleibt aber die in Anm. 88 gegebene Beschränkung.

[91]) Dass er sich auf die Nichtigkeit noch im Vollstreckungsstadium berufen kann, ist sicher, eine andere Frage aber, ob es ihm etwas nützt.

[92]) Der Anruf an das Gericht steht aber auch bei nichtiger Verfügung nur innerhalb der gesetzlichen Frist zu. Vgl. Löwe-Hellweg zu § 453 Bem. 2c; Geyer S. 877.

3. Wie Ungültigkeit der Strafverfügung etc. nicht zur Weigerung des Hauptverfahrens berechtigt, so ist auch das eröffnete Verfahren prinzipiell trotz solcher Ungültigkeit zu Ende zu führen[93]) und durch Sachurteil zu erledigen (es müsste denn ein allgemeiner Einstellungsgrund vorliegen). Eine Ausnahme zu begründen ist nur geeignet die lediglich auf Strafverfügungen, nicht auch auf Strafbescheide bezügliche Spezialvorschrift des § 458: „Stellt sich nach dem Ergebnisse der Hauptverhandlung die That des Angeklagten als eine solche dar, bei welcher die Polizeibehörde zum Erlass einer Strafverfügung nicht befugt war, so hat das Gericht die letztere durch Urteil aufzuheben, ohne in der Sache selbst zu entscheiden."

Diese Norm will nicht einen Fall der Ungültigkeit einer Strafverfügung treffen; eine auf Subsumtionsirrtum beruhende Strafverfügung ist nicht aus diesem Grunde rechtsungültig. Aber es leidet die Vorschrift nach ihrer Voraussetzung, die zwischen gültigen und ungültigen Verfügungen nicht unterscheidet, eventuell auch bei letztern Anwendung.[94])

Es kommt nicht darauf an, ob die Unzuständigkeit der Polizeibehörde erst aus dem Verhandlungsergebnisse oder schon aus der Charakterisierung der That in der Strafverfügung selbst erhellt.[95])

Tritt erst in der Berufungsinstanz ein entsprechendes Verhandlungsergebnis hervor, so ist auch hier § 458 massgebend und nicht etwa § 369 Abs. 3 („hat das Gericht erster Instanz mit Unrecht seine Zuständigkeit angenommen, so hat das Berufungsgericht unter Aufhebung des Urteils die Sache an das zuständige Gericht zu verweisen oder wenn es selbst in erster Instanz zuständig ist, zu erkennen") anzuwenden.[96])

Die prinzipwidrige Bestimmung ist zugleich irrationell: es fehlt an einem stichhaltigen Grunde, weshalb nicht auch im Falle des § 458 das Schöffengericht bei eigener sachlicher Zuständigkeit in der Sache ent-

[93]) Vgl. RG. 3. StrS. R. VII S. 463 und E. Bd. 17 S. 251.

[94]) A. A. Meves in v. Holtzendorffs Handbuch Bd. II S. 421, da es zur Beseitigung einer rechtsungültigen Verfügung nicht des Antrags auf gerichtliche Entscheidung bedürfe. Aber dieser Antrag ist doch zulässig und hat dann auch die Anwendung des § 458 in der Hauptverhandlung zur Folge.

[95]) Vgl. RG. 3. StrS. E. Bd. 19 S. 170.

[96]) So auch RG. 3. StrS. E. Bd. 19 S. 171. 172.

scheiden, bei Unzuständigkeit entsprechend der Vorschrift des § 270 an das höhere Gericht (Strafkammer etc.) verweisen soll.[97])

Hätte das Schöffengericht, statt nur die Verfügung zu kassieren, selbst in der Sache entschieden, so wäre auf Berufung hin von der Strafkammer die Aufhebung der Verfügung auszusprechen, nicht in der Sache zu entscheiden.

Sollte fehlerhafterweise vom Schöffengericht in Anwendung des § 270 an die Strafkammer etc. verwiesen worden sein, so müsste diese nach Rechtskraft des Beschlusses zwar in die Hauptverhandlung eintreten, aber in derselben, wenn auch nach deren Ergebnis die Unzuständigkeit der Polizeibehörde erhellte, gemäss § 458 lediglich die Strafverfügung kassieren.[98]) Es ist schlechterdings nicht einzusehen, wie der verkehrte Verweisungsbeschluss des Schöffengerichts die Strafkammer zu einem noch grössern Fehler, Sachentscheid entgegen § 458, nötigen könnte. Allerdings hat nach § 270 der Verweisungsbeschluss die Bedeutung eines Eröffnungsbeschlusses, aber auch der Eröffnungsbeschluss verpflichtet zum Sachurteil nur, soweit nicht prozessuale Hindernisse einem solchen entgegentreten. In der Vorschrift des § 458 liegt das Hindernis: das Sachurteil setzt voraus, dass nicht nach dem Ergebnisse der Hauptverhandlung die Unzuständigkeit der Polizeibehörde sich herausstellt (negative Urteilsvoraussetzung). Unrichtig wäre freilich, wenn die Strafkammer bloss deshalb kassieren würde, weil das Schöffengericht es hätte thun sollen; entscheidend ist vielmehr, ob die Strafkammerverhandlung, die möglicherweise das Thatbild verändert gegenüber den Annahmen des Schöffengerichts, Unzuständigkeit der Polizeibehörde ergibt.[99])

4. Bei Rücknahme des Antrages bis zum Beginne der (ersten) Haupt-

---

[97]) Eine Verteidigung des § 458 hat Levis a. a. O. S. 357 fg. versucht, von der unhaltbaren Auffassung aus, dass die Strafverfügung Eröffnungsbeschluss sei.

[98]) A. A. RG. 1. StrS. E. Bd. 5 S. 244 fg.; 3. StrS. R. V S. 691 fg.; 4. StrS. bei Goltd. Bd. 37 S. 192; 1. StrS. E. Bd. 22 S. 425; 2. StrS. bei Goltd. Bd. 42 S. 132.

Richtig Löwe-Hellweg zu § 458 Bem. 2; Ullmann S. 566 Anm. 2; Traut Gerichtssaal Bd. 57 S. 370.

[99]) Es war daher in dem Rechtsfalle R. V S. 691 fg. das Strafkammerurteil allerdings aufzuheben, aber aus dem gerade entgegengesetzten Grunde, als das Reichsgericht (S. 694, 695) angenommen hat.

verhandlung ist das Verfahren wieder einzustellen unter Bekanntgabe des Beschlusses an beide Teile, §§ 456 Abs. 2, 462 Abs. 2.

Die Versäumnisfolge des § 452 kommt im Verfahren nach vorgängigen Strafverfügungen, Strafbescheiden nicht in Anwendung. Vielmehr gelten bei Ausbleiben des Angeklagten die Grundsätze des Normalverfahrens.

5. Wenn für das Hauptverfahren nach vorgängigem Strafbescheid die Strafkammer zuständig ist, so könnte an sich unter den Voraussetzungen des § 75 N. 15 GVG. im Eröffnungsdekret die Sache an das Schöffengericht überwiesen werden. Aber bei § 75 ist conditio sine qua non ein formulierter Eröffnungsbeschluss. Mit einem latenten Eröffnungsdekret lässt sich die Überweisung nicht verbinden. Denn sie ist nur bei Eröffnung des Hauptverfahrens, nicht vorher, möglich, während das latente Dekret, d. i. die Anberaumung der Hauptverhandlung, doch erst vom Schöffengericht selbst auszugehen hätte, dem die Strafkammer den Termin nicht vorschreiben kann.[100]) Nur wenn statt des latenten ein formuliertes Eröffnungsdekret erlassen würde, käme Überweisung in Betracht. Damit ist ein höchst interessantes allgemeines Problem bezeichnet, dessen Erledigung im Rahmen dieses Aufsatzes leider nicht möglich ist: welche Rechtsfolgen treten ein, wenn das Gericht Eröffnungsbeschluss in einem Falle erlässt, in dem das Gesetz latente Eröffnung vorgeschrieben hat?

II. Klagerhebung.

1. Strafverfügung und Strafbescheid sind für den Fall rechtzeitigen und rechtsgültigen Antrags auf gerichtliche Entscheidung als Klagen zu betrachten.[101])

Klägerin im eröffneten Hauptverfahren, insbesondere im Termin, ist

[100]) Im Ergebnis übereinstimmend Stenglein zu § 462 Bem. 2; v. Kries S. 751. A. M. besonders Löwe in den früheren Auflagen.

[101]) Das hier interessierende Verwaltungsstrafverfahren als solches ist, jedenfalls in seiner modernen Gestalt, nicht Prozess. Es will Vollstreckungstitel schaffen unter Vermeidung des Prozesswegs bei summarischer causae cognitio (Summarietät in den Gesetzen häufig betont, nicht im Sinne Briegleb's verstanden). Zum Prozess führt erst der Antrag auf gerichtliche Entscheidung. Die Strafverfügung etc. enthält im strafprozessualen Sinne so wenig eine Verurteilung, als ihre Aufhebung im Beschwerdewege Freisprechung ist.

die Staatsanwaltschaft, obwohl der als Klage wirkende Rechtsakt, die Verfügung, der Bescheid, nicht von ihr, sondern von einer Polizei-, einer Verwaltungsbehörde ausgegangen ist. Die Polizeibehörde kann nach der Strafprozessordnung überhaupt nicht als Klägerin auftreten, die Verwaltungsbehörde nur, wenn sie einen Strafbescheid nicht erlassen hat und die Staatsanwaltschaft den an sie gerichteten Antrag auf Verfolgung ablehnt, § 464 Abs. 1 StPO. Nur als Nebenklägerin darf sich die Verwaltungsbehörde der Verfolgung anschliessen, nachdem der Beschuldigte gegen den Strafbescheid auf gerichtliche Entscheidung angetragen hat, § 467 Abs. 1 StPO.

Es ist daher hier der eigentümliche Fall gegeben, dass zwar das factum permanens des Klagens von der Staatsanwaltschaft, das factum transiens aber von einer andern Behörde ausgeht. Den letztern Akt als Vertretungshandlung aufzufassen, die Staatsanwaltschaft in der eventuellen Klagerhebung als durch die Polizei-, die Verwaltungsbehörde repräsentiert anzusehen, liegt kein Anlass vor. Vielmehr wird nur für jene durch den Akt der andern Behörde die Pflicht zur Durchführung der Klage begründet.

Allerdings findet schon vor Zulassung des Antrags auf gerichtliche Entscheidung eine Intervention der Staatsanwaltschaft insofern statt, als die Polizei-, die Verwaltungsbehörde an sie die Akten einsenden zum Zwecke der Vorlegung bei Gericht, §§ 454 Abs. 2, 460. Allein in dieser Aktenvorlage, die unbedingt erfolgen muss, ist ein Klagakt der Staatsanwaltschaft gewiss nicht zu erblicken. Diese hat nur den Verkehr zwischen der Behörde und dem Gericht zu vermitteln, ähnlich wie im Instanzenzuge die Übermittelung der Akten an das Rechtsmittelgericht durch sie geschieht (§§ 362, 387 Abs. 2, 430 Abs. 3).

2. Da bei gehörig gestelltem Antrag das Hauptverfahren selbst dann stattfinden muss, wenn die Verfügung, der Bescheid von einer dazu nicht

Dass bei Verzicht auf Erlass eines Strafbescheides durch freiwillige Übernahme der gesetzlichen Strafe (vgl. z. B. § 34 Reichspostges. v. 28. Oktober 1871; § 20 preuss. Ges. betr. das Verwaltungsstrafverfahren bei Zuwiderhandlungen gegen die Zollgesetze etc. v. 26. Juli 1897) ein Strafprozess nicht zur Entstehung kommt, ist unbestreitbar. Aber ebenso wird ein solcher ausgeschlossen, wenn dem erlassenen Strafbescheide gegenüber auf gerichtliche Entscheidung verzichtet wird.

legitimierten Behörde erlassen ist, so ergibt sich die höchst eigentümliche Erscheinung, dass ein Klagerhebungsakt zum Hauptverfahren führen kann trotz mangelnder Parteiqualität des Klagenden. Allein in demselben Augenblick, in dem die Klage zugelassen wird, ist in der Person des Staatsanwalts ein zu ihrer Vertretung verpflichteter völlig qualifizierter Kläger vorhanden. Muss auch die Behörde juristisch als die ursprüngliche Klägerin gelten, so bleibt doch der Mangel ihrer Legitimation unschädlich, weil sie gar nicht in die Lage kommt, selbst in der Klägerrolle thätig zu werden, vielmehr das Klagen permanent auf einen durchaus befähigten Klagnachfolger übergeht.

3. Dass die Staatsanwaltschaft auch bei völlig nichtiger Strafverfügung etc. zur Vertretung der Klage in der Verhandlung verpflichtet ist, kann nur auf den ersten Blick auffallen. Denn es handelt sich, nachdem einmal gerichtliche Entscheidung beantragt ist, nicht mehr darum, ob die Strafverfügung rechtsbeständig und materiell begründet war oder nicht. Die Frage ist jetzt: hat der Angeklagte die ihm in der Verfügung zur Last gelegte strafbare Handlung begangen oder nicht? Eine Modifikation besteht nur nach § 458 (mit Beschränkung auf Strafverfügungen).

4. Der Staatsanwaltschaft fehlt dem fremden Klagerhebungsakte gegenüber die Verfügung, die ihr bei Einspruch gegen einen Strafbefehl zusteht; sie kann nicht die Klage zurücknehmen.[102]) Die Polizei-, die Verwaltungsbehörde dagegen können bis zur Einsendung der Akten an die Staatsanwaltschaft die Strafverfügung, den Strafbescheid und damit die Klage noch zurückziehen, §§ 454 Abs. 2, 460 StPO.[103]) Der Strafanspruch bleibt und folglich die Möglichkeit der Neuklage.

Schon ehe der Staatsanwalt die Akten dem Gerichte übergab, war er durch deren Empfang dominus litis (ohne Klagrücknahmerecht). Um so plausibeler ist's, dass mangelnde Parteiqualität des Klagvorgängers das Verfahren nicht zu hemmen vermag.

---

[102]) Prot. der Reichsjustizkomm. S. 698. 699.

[103]) Puchelt zu §§ 454, 455 Bem. 5 und zu § 460 Bem. 11 lässt in offenem Widerspruch mit dem Gesetz die Zurücknahme bis zur Anberaumung des Termins zu, Levis a. a. O. S. 353 sogar bis zum Beginn der Hauptverhandlung. Auch Thilo's Behauptung (zu § 454 Bem. 2), in Übereinstimmung mit der Staatsanwaltschaft könne das Strafmandat noch so lange zurückgezogen werden, als die Akten nicht dem Gericht vorgelegt seien, ist verfehlt.

5. An Stelle des Eröffnungsbeschlusses wird in der Verhandlung die Strafverfügung, der Strafbescheid verlesen.[104]) Ein besonderer Klagvortrag erfolgt nicht. Zu einer Ergänzung liegt Anlass nur vor, wenn die Strafverfügung etc. nicht alle im Gesetze (§§ 453 Abs. 3, 459 Abs. 2) zur Charakterisierung der Strafthat geforderten Momente enthält.

Sollte die That in der Strafverfügung etc. nicht individualisiert sein, so hätte der Antrag auf gerichtliche Entscheidung verworfen werden müssen, und es ist noch in der Hauptverhandlung wegen Ungültigkeit der Klage unter Rücknahme des latenten Eröffnungsdekrets das Hauptverfahren wieder aufzuheben. Nachbringung der Individualisierung in der Verhandlung wäre undenkbar, damit würde in der That die Klage jetzt erst erhoben in prozessordnungswidriger Weise.

Stellt sich heraus, dass die That unter kein Strafgesetz fällt, so ist nicht etwa die Klagzulassung zurückzunehmen, denn sie konnte in Ermangelung eines Prüfungsrechts gegenüber der Strafverfügung aus diesem Grunde nicht verweigert werden, es ist vielmehr freizusprechen.

Die analoge Anwendbarkeit des § 264 StPO. darf nicht bezweifelt werden.[105])

Auch die Ladungsfrist des § 216 gilt.

Strafverfügung und Strafbescheid haben wie ein Strafbefehl die Beweismittel zu bezeichnen. Ferner ist beiderseits die Mitteilungspflicht nach § 221 zu beachten. Und in der Hauptverhandlung kann Aussetzungsantrag gemäss § 245 gestellt werden.

6. Muss nach § 458 StPO. die Strafverfügung aufgehoben werden, weil nach dem Ergebnisse der Hauptverhandlung die That des Angeklagten nicht durch polizeiliche Strafverfügung erledigt werden konnte, so ist mit diesem Urteil zugleich das Hauptverfahren ohne Entscheid

---

[104]) Vgl. auch Mot. S. 244; Bennecke S. 686.

[105]) Gegenteilig leider RG. 2. StrS. E. Bd. 4 S. 116 und R. V S. 586 auf Grund des gesetzlichen Wortlauts. Dass innere Gründe für die Anwendung des § 264 sprechen, wird vom Reichsgericht zugegeben. Da § 264 im Abschnitt über das Normalverfahren steht, so konnte in ihm die Klagbesserung in der Verhandlung nur als Abweichung vom Klagbeschluss, dem Eröffnungsbeschluss, charakterisiert werden; bei den Spezialprozeduren ohne Eröffnungsbeschluss ist diesem unbedenklich in Anwendung des § 264 die anderweite Klaggestaltung, hier also der Strafbescheid etc., zu substituieren.

über den Strafanspruch beendigt, also eingestellt.[106]) Das Gericht fungiert in dieser und nur in dieser Beziehung gewissermassen als Rechtsmittelinstanz gegenüber der Polizeibehörde, höchst inkonsequenter Weise, da der Antrag auf gerichtliche Entscheidung durchaus nicht die Bedeutung eines Rechtsmittels gegenüber der Strafverfügung hat.

III. Rechtshängigkeit.

1. Vom Standpunkte der Strafprozessordnung liegt erst im Erlasse der Strafverfügung, des Strafbescheids eine beachtliche Erhebung des Strafanspruchs. Die polizeilichen etc. Organe, die durch Anzeige etc. auf den Erlass der Strafverfügung etc. hinwirken, üben nicht klagähnliche Funktion.

2. Strafverfügung und Strafbescheid haben, wie ein Strafbefehl, die Wirkung, entweder einen Vollstreckungstitel zu liefern oder zum Hauptverfahren zu führen. Daher ist mit ihrem Erlass Rechtshängigkeit anzunehmen.[107]) Von einem Kompetenzvorzuge aber kann nicht die Rede sein. § 12 StPO. will in keiner Weise über die örtliche Zuständigkeit im Verhältnis von Polizei-, Verwaltungs-Behörden zu Gerichten verfügen.

3. Wird in einer Sache geklagt oder auf Strafbefehl angetragen, die bereits zum Gegenstande einer Strafverfügung etc. gemacht ist, so

---

Gegen RG. Löwe-Hellweg zu § 264 Bem. 2b; John Bd. III S. 404; Stenglein zu § 264 Bem. 10; Bennecke S. 562 Anm. 12; Huther Goltd. Arch. Bd. 37 S. 145, 146; Meves das. Bd. 38 S. 99 fg.

[106]) Nach Rechtskraft des Urteils kann die Staatsanwaltschaft neue Klage erheben, die ganz unter der Herrschaft der allgemeinen Grundsätze steht, vgl. RG. 2. StrS. R. Bd. 6 S. 60 fg.

[107]) Ebenso erscheint die Gleichstellung mit dem Strafbefehl in der Wirkung der Verjährungs-Unterbrechung als begründet, §§ 453 Abs. 4, 459 Abs. 3 StPO.

Vgl. auch v. Kries S. 746. Bennecke S. 685 nimmt fälschlich erst mit dem Antrage auf gerichtliche Entscheidung Rechtshängigkeit an.

Dagegen kann erst mit diesem Antrage die Klage als erhoben gelten im Sinne des § 8 Abs. 1 StPO. (für Bestimmung des for. domicilii), vgl. Löwe-Hellweg zu § 8 Bem. 7c. Unrichtig einerseits John Bd. I S. 230, Glaser Bd. II S. 158 (es entscheide die Aktenvorlage bei Gericht), anderseits Levis Z. f. Strafrechtswissensch. Bd. 19 S. 361 (schon mit Bekanntgabe der Strafverfügung an den Beschuldigten sei im Sinne des § 8 geklagt).

wird das Gericht diese Anhängigkeit dann nicht respektieren, wenn es Unzulässigkeit des Verwaltungsstrafverfahrens annimmt. Damit wäre an sich der Fall des Kompetenzkonfliktes zwischen Gericht und Verwaltungsbehörde gegeben. Aber es bedarf dessen nicht. Denn der Betroffene hat den Anspruch auf gerichtliche Entscheidung über die in der Strafverfügung etc. enthaltene Beschuldigung. Nur wenn er diesen Antrag wegen des schon schwebenden gerichtlichen Verfahrens unterlässt, riskiert er, dass die Verwaltungsbehörde etc. die formell unanfechtbar gewordene Verfügung zur Vollstreckung bringt. Stellt er dagegen den Antrag, so ist es korrekt, dass das Gericht bei Annahme der Unzulässigkeit des Verwaltungsstrafverfahrens denselben wegen bereits vorhandener Rechtshängigkeit abweist. Mit der Rechtskraft des Abweisungsbeschlusses endet dann das Verwaltungsstrafverfahren, ohne dass ein Vollstreckungstitel entstände. Keineswegs ist der Antrag, obwohl seine Abweisung geboten, eine unnütze Weitläufigkeit, da nur auf diesem Wege die Identität der in beiden anhängigen Verfahren inkriminierten Thaten gerichtlich festgestellt werden kann.

Auch dann ist der Antrag wegen Rechtshängigkeit abzuweisen, wenn vor Erlass der Strafverfügung der Staatsanwalt bereits geklagt hatte.[108])

Sollte das Gericht fälschlich auf den Antrag hin Eröffnungsdekret erlassen, so wäre nun eine Konkurrenz zweier Prozessverfahren gegeben. Wie diese sich löst, wird sich alsbald zeigen.

4. Das latente Eröffnungsdekret bei Antrag auf gerichtliche Entscheidung begründet Kompetenzvorzug.

Demnach entscheidet bei Konkurrenz von Prozessverfahren im Verhältnis koordinierter Gerichte die Priorität der Eröffnung, § 12. Sollte keines der Gerichte die Zuständigkeit, den Kompetenzvorzug des andern anerkennen, so wäre der Fall des gerichtlichen, nach § 14 zu erledigenden Kompetenzkonflikts gegeben.

---

[108]) Das preussische Recht erklärt die Strafverfügung für „wirkungslos“, wenn sich ergibt, dass vor ihrer Zustellung der Amtsanwalt bereits eingeschritten war (Ges. v. 14. Mai 1852 und v. 23. April 1883).

Vgl. auch Meves in v. Holtzendorffs Handbuch Bd. II S. 416.

Das württemb. Ges. v. 12. August 1879 Art. 16 Abs. 2 lässt sogar die schon erlassene, aber noch nicht vollstreckbar gewordene Verfügung bei Einschreiten des Staatsanwalts ausser Kraft treten.

Betrifft dagegen der Konflikt die sachliche Zuständigkeit, stehen also die Gerichte im Verhältnisse des übergeordneten zum untergeordneten, so ist nach wie vor nur die Priorität der Rechtshängigkeit massgebend. Kann sich keines der Gerichte zur Einstellung aus diesem Grunde entschliessen, so ist das zuerst ergehende Sachurteil wegen Nichtbeachtung der Rechtshängigkeit und eventuell wegen sachlicher Unzuständigkeit anzufechten.

5. Die Rechtshängigkeit endet mit Aufhebung der Strafverfügung, des Strafbescheides im Beschwerdewege (§§ 453 Abs. 3, 459 Abs. 2 StPO.), mit Rücknahme der Verfügung etc. (§§ 454 Abs. 2, 460 StPO.), mit rechtskräftiger Abweisung des Antrags auf Entscheidung wegen Rechtshängigkeit, mit Rechtskraft (Unanfechtbarkeit) der Verfügung etc.,[109]) mit Einstellung des eröffneten Prozessverfahrens und mit rechtskräftigem Urteil (einbegriffen den Fall des § 458).

Ob mit der „Rechtskraft“ der Strafverfügung etc. ebenso wie mit rechtskräftigem Urteil die Vollmacht zur Rechtsprechung konsumiert ist, muss hier auf sich beruhen.

6. Die Präklusion des Unzuständigkeitseinwandes gemäss § 16 tritt ein mit Verlesung des Strafbescheids, der Strafverfügung. Unpräkludierbar ist die Berufung auf Kompetenzvorzug eines andern Gerichts.

Nach Erlass des latenten Dekrets darf das Gericht seine Unzuständigkeit (abgesehen wieder von Prävention eines andern Gerichts in Eröffnung der Untersuchung) nur auf Einwand des Angeklagten aussprechen, § 18 StPO. in analoger Anwendung.

§ 6. Fall des § 265 StPO.

I. Prozessbegründung.

1. Das anhängige Hauptverfahren wird auf eine weitere That erstreckt, wenn das erkennende Gericht (auch Schwurgericht)[110]) in Anwendung des § 265 eine im Laufe der Hauptverhandlung gegen den Angeklagten neu erhobene Beschuldigung auf Antrag der Staatsanwalt-

---

[109]) Die rechtsungültige Verfügung kann nur formell, nicht materiell rechtskräftig werden. Vgl. auch oben S. 123 Anm. 81.

[110]) Vgl. RG. 2. StrS. E. Bd. 4 S. 79, 80; auch Ullmann S. 519.

A. A. Voitus Komm. S. 318; Dalcke zu § 265 Anm. 4.

schaft mit Zustimmung des Angeklagten zum Gegenstande derselben Aburteilung macht.

Es wird dabei nicht ein neues Hauptverfahren durch Eröffnungsbeschluss eingeleitet und mit dem schwebenden verbunden, sondern das letztere auf die neu inkriminierte That mit bezogen. Der Beschluss des § 265 als Eröffnungsbeschluss gedacht müsste für das Gericht bindend sein, während diesem vielmehr die Rücknahme bei hervortretenden Komplikationen nach der Absicht des Gesetzes freisteht. Auch könnte der Beschluss eventuell nur als sofort rechtskräftiger Eröffnungsbeschluss aufgefasst werden, Verzicht auf Rechtsmittel aber vor Abgabe der Entscheidung (durch Zustimmung der Parteien zu deren Erlass) gibt es nicht. Vielmehr sind beide Teile einverstanden, dass ohne vorgängiges Zwischenverfahren und ohne Eröffnungsbeschluss sofort im schwebenden Hauptverfahren verhandelt und geurteilt werde. Der Beschluss hat nur, seine Durchführung vorausgesetzt, die Wirkung eines Eröffnungsbeschlusses.

Materiell aber bedeutet die Zulassung des weitern Strafanspruchs zur Verhandlung für ihn allerdings Eröffnung des Hauptverfahrens, wenn auch ein bereits schwebendes Hauptverfahren zu diesem Zwecke benutzt wird. So mag der Beschluss untechnisch als „Eröffnungsbeschluss" gelten, aber im Sinne des Gesetzes ist er es nicht und hat nicht die spezifischen Eigenschaften eines Eröffnungsbeschlusses (Unwiderruflichkeit, Anfechtbarkeit in bestimmten Fällen, Supplierung von Gültigkeitsbedingungen etc.).

2. Korrekt ist es, die Zulassung in einem formulierten, den Parteien zu verkündenden Beschluss auszusprechen, der die That nach Art eines Eröffnungsbeschlusses bezeichnet.[111]) Für diesen Modus spricht sowohl die Rücksicht auf die Verteidigung des Angeklagten, der so den weitern Gegenstand der Verhandlung und Aburteilung authentisch erfährt, als die Thatsache, dass über die Zulassung nicht der Vorsitzende allein, sondern das Gericht zu befinden hat. Immerhin würde thatsächlicher Eintritt in die Verhandlung ohne formulierten Zulassungsbeschluss[112]) und folgende Aburteilung, also Zulassung durch

[111]) A. A. RG. 2. StrS. E. Bd. 23 S. 39.

Richtig Stenglein zu § 265 Bem. 2; Bennecke S. 565.

[112]) Eine teilweise Analogie bietet Zulassung eines Nebenklägers zur Prozessführung ohne Zulassungsbeschluss, also latente statt formulierter Zulassung. Inso-

latentes Dekret, einen Revisionsgrund nur liefern, wenn nach der Sachlage daraus eine Beschränkung der Verteidigung resultieren konnte.

Mag nun das eröffnende Dekret ein formuliertes oder ein latentes sein, es hat nicht die Bedeutung eines eigentlichen Eröffnungsbeschlusses. Ein solcher wäre auch, wie schon im Eingange des Aufsatzes konstatiert wurde, unvertretbar durch latentes Dekret.

3. Der Antrag der Staatsanwaltschaft hat die inkriminierte That in derselben Weise wie eine Anklageschrift zu bezeichnen, er bedarf der Protokollierung.

Doch ist es auch möglich, dass der Staatsanwalt in seinem Antrage eine vom Vorsitzenden formulierte Beschuldigung durch ausdrückliche oder stillschweigende Bezugnahme darauf sich aneignet.[113]) Auch in diesem Falle ist der Inhalt der Beschuldigung bestimmt zu protokollieren.[114])

Der Antrag ist noch nicht Klagerhebung,[115]) seine Abweisung, die ganz im Ermessen des Gerichts steht, nicht Klagabweisung. Vielmehr wird im Antrage die Erlaubnis nachgesucht, eine bestimmt zu formulierende Anklage beim Gericht in Verbindung mit der zur Verhandlung stehenden Klage erheben zu dürfen. Die Klagerhebung liegt in der dem Zulassungsbeschluss folgenden Sachführung durch den Staatsanwalt bis zum Urteilserlass. Wird der Beschluss zurückgenommen, so gilt auch die Klage als nicht erhoben, weil es zu einer vollständigen Klagerhebung bis zum Urteilserlass nicht kommen konnte.

Die Zustimmung des Angeklagten muss nach der Absicht des Gesetzes eine ausdrückliche sein.[116]) Stillschweigende Einwilligung könnte in einem gewissen Verhalten des Angeklagten leicht zu Unrecht gefunden werden, zumal nicht die Gewähr bestände, dass er sich seines prozessualen Rechts, die Zustimmung zu der alsbaldigen Verhandlung des neuen An-

---

fern aber ist die Rechtslage wesentlich verschieden, als der Nebenkläger nicht einen Strafanspruch erhebt, sondern sich nur beteiligt an der prozessualen Verfolgung des schon erhobenen Strafanspruchs.

[113]) Vgl. RG. 2. StrS. E. Bd. 23 S. 36.

[114]) Glaser Handbuch Bd. 2 S. 557, 558.

[115]) So Löwe-Hellweg zu § 265 Bem. 1; v. Kries S. 573; Bennecke S. 565.

[116]) A. A. RG. 2. StrS. R. III S. 228; 2 StrS. bei Goltd. Bd. 37 S. 175 fg. Richtig Glaser Bd. 2 S. 541; Löwe - Hellweg Bem. 7 a; v. Kries S. 573; Bennecke S. 565 N. 28.

spruchs zu versagen, überhaupt bewusst geworden wäre. Auch die Zustimmung ist zu protokollieren. Und es muss konsequent angenommen werden, dass sie gefehlt habe, wenn das Protokoll darüber schweigt.

Die gesetzlichen Vorbedingungen sind nur erfüllt, wenn dem Angeklagten im Antrage des Staatsanwalts, sei es ausdrücklich, sei es unter Bezugnahme auf eine vom Vorsitzenden formulierte Beschuldigung, die That in genügender Bestimmtheit, unter Hervorhebung ihrer gesetzlichen Merkmale und des anzuwendenden Strafgesetzes, bezeichnet worden ist und auf eine so charakterisierte That seine Zustimmung sich bezogen hat.[117]) Damit ist nicht gesagt, dass die Zustimmung streng auf die im Antrag angenommene Thatgestaltung und Thatbeurteilung beschränkt sei oder beschränkt werden könne, eine Klagbesserung in der Verhandlung also unzulässig sei oder doch erneuten Konsens des Angeklagten voraussetze.

In den Fällen des § 211 genügt ein geringeres Mass von Präzisierung der Klage. Bei § 265 aber kann es sich um erhebliche Vergehungen handeln und es darf mit der Angabe des Klaginhalts um so weniger leicht genommen werden, als ohne weitere Vorbereitung gleich in continenti die Verhandlung sich anschliessen soll.

4. Die Zulassung muss versagt werden, wenn den speziellen Vorbedingungen nicht genügt ist oder es an einer Prozessvoraussetzung für die neu zu verhandelnde Klage fehlen würde. Sie kann versagt werden, wenn das Gericht aus irgend welchen Gründen die Verbindung nicht für zweckmässig erachtet.

Die Versagungsgründe sind zugleich Widerrufsgründe.

Eine Klagbesserung im Zulassungsbeschluss gegenüber dem Antrag ist statthaft. Der Beschluss steht insofern dem Eröffnungsbeschluss gleich, mit dem Unterschiede, dass hier nicht eine schon erhobene, sondern eine zu erhebende Klage verbessert wird.

Beschwerde gegen Zulassungs-, Versagungs-, Rücknahmebeschluss ist nach § 347 StPO. (Ausschluss der Beschwerde gegen Entscheidungen der erkennenden Gerichte, welche der Urteilsfällung vorausgehen) unmöglich. Aber das Urteil kann wegen rechtswidriger Zulassung angefochten werden.

---

[117]) Vgl. RG. 3. StrS. E. Bd. 1 S. 432, 433.

5. Die Verbindung ist nach Abs. 2 des § ferner dann unzulässig, wenn die That als ein Verbrechen sich darstellt oder — was im Grunde selbstverständlich ist (wegen Prozessvoraussetzungsmangels) — die Aburteilung derselben die Zuständigkeit des Gerichts überschreitet. Stellt sich im Laufe der Verhandlung eine derartige Beschaffenheit der That heraus, so ist nun nicht das Hauptverfahren teilweise einzustellen, sondern lediglich der Zulassungsbeschluss zurückzunehmen.[118]) Denn der Beschluss wirkt eben nur im Falle seiner Durchführung als Eröffnungsbeschluss.

Bei Einstellung des schwebenden Hauptverfahrens dagegen (z. B. wegen mangelnden Strafantrags) wird auch die verbundene Aburteilung unmöglich, ohne dass dies besonders ausgesprochen zu werden braucht.

Wird im Hinblick auf die eine oder andere Sache Aussetzung nötig, so kann stets nach gerichtlichem Ermessen der Zulassungsbeschluss zurückgenommen werden. Es ist aber bei Aussetzung innerhalb der Frist des § 228 StPO. auch Beibehaltung der Verbindung möglich. Erneuert sich infolge von Fristüberschreitung das Verfahren, so kann in der neuen Verhandlung auch der Verbindungsantrag erneuert werden.

6. Das Gesetz will ein gemeinsames Sachurteil über die verbundenen Straffälle ermöglichen. Daher ist der Zulassungsbeschluss auch dann zurückzunehmen, die verbundene Sache ad separatum zu verweisen, nicht etwa in ihr Einstellungsurteil zu erlassen, wenn es für sie am Strafantrage des Verletzten fehlt oder ein anderweites Hindernis dem Sachurteil entgegensteht. Ein solches Einstellungsurteil gegenüber der eben erst erhobenen Beschuldigung wäre auch durchaus irrationell, eine unnütze kostspielige Weitläufigkeit.

Dagegen braucht nicht das Sachurteil für die mehreren Strafsachen in gleichem Sinne zu ergehen, es kann für die eine verurteilend, für die andere freisprechend lauten.

Und ist einmal ein gemeinsames Sachurteil ergangen, so gestalten sich die weitern Schicksale der verbundenen Strafansprüche ganz ebenso, als ob sie von vornherein in einer Klage geltend gemacht worden wären. Daraus folgt auch für den Fall der Berufung betreffs des neu erhobenen Strafanspruchs die Anwendbarkeit des § 369 Abs. 3: Hat das Gericht erster Instanz mit Unrecht seine Zuständigkeit angenommen, so hat das

[118]) Verweisung nach § 270 StPO. wäre eben wohl verkehrt. Vgl. RG. 3. StrS. R. Bd. 3 S. 91, 92; Traut Gerichtssaal Bd. 57 S. 328 fg.

Berufungsgericht unter Aufhebung des Urteils die Sache an das zuständige Gericht zu verweisen, oder wenn es selbst in erster Instanz zuständig ist, zu erkennen.[119]) Der durchgeführte Zulassungsbeschluss wirkt zugleich als Eröffnungs- und als Verbindungsbeschluss.

II. Klagerhebung.

1. Die Klage ist Inzidentklage.

Im Antrage des Staatsanwalts liegt noch nicht Klagerhebung. Der in der Verhandlung verkündete Zulassungsbeschluss bindet den Staatsanwalt: er ist jetzt de jure Kläger betreffs der neu inkriminierten That und bleibt es, solange nicht der Beschluss zurückgenommen wird.

Ein Klagvortrag, der nur den Inhalt des Zulassungsbeschlusses wiederholte, wäre eine zwecklose Formalität. Die Erlaubnis zu klagen macht hier zugleich zum Kläger. Es fehlt also ganz an einem factum transiens der Klagerhebung, dagegen ist das factum permanens des Klagens unverkennbar.

Eine formelle Abweichung vom Akkusationsprinzip möchte man etwa darin finden, dass nicht auf Klage hin, sondern auf die Bitte, klagen zu dürfen, hin die Untersuchung eröffnet wird. Sehr unberechtigt aber ist die verbreitete, auf falschem Klagbegriff beruhende Anschauung, dass es dem Verfahren des § 265 überhaupt an der Klage fehle.[120]) Dabei wird über dem Mangel eines factum transiens der Klage das augenfällige factum permanens übersehen.

2. In der Zustimmung des Angeklagten liegt nicht ein Verzicht auf Aussetzung für den Fall, dass qualifizierende Thatumstände neu behauptet werden sollten, § 264 Abs. 3 StPO. Dagegen erstreckt sich die Zustimmung zur alsbaldigen Verhandlung natürlich auf die Beweisführung von seiten des Gegners in der Verhandlung mit, daher nicht Aussetzungsanspruch aus § 245 Abs. 2 StPO.

3. Sollte es an einem formulierten Zulassungsbeschluss gefehlt haben, so würde nun allerdings ein Klagvortrag zur Fixierung des Verhandlungs-

---

[119]) Vgl RG. 4. StrS. E Bd. 12 S. 164 fg.

[120]) Mit diesem Argumente wurde bereits in der Kommission die Aufnahme des § (Antrag v. Schwarze) in das Gesetz bekämpft, Prot. S. 460 u. 973 (Hanauer). Vgl. auch Dalcke zu § 265 Bem. 1; Thilo das. Bem. 1 u. A. Richtig Geyer Lehrbuch S. 738; Glaser II S. 540.

gegenstandes unentbehrlich sein. Ohnehin könnte ohne solchen Klagerhebungsakt von konkludenter Zulassung der Klage zur Verhandlung kaum gesprochen werden. Denn der Antrag des Staatsanwalts ist noch nicht Klage, schlüssige Thatsache wäre also doch erst die Gestattung einer Klagausführung.

Der Klagvortrag hat dann ähnliche Bedeutung, wie im Falle des § 211, und ist im Protokoll zu vermerken. Der Vortrag braucht übrigens, wenn der vorangegangene Antrag die That schon in derselben Vollständigkeit, wie eine Anklageschrift, bezeichnet hatte, nur darauf Bezug zu nehmen.

4. Zurücknahme der Inzidentklage ist ausgeschlossen, da mit ihrer Zulassung auch die Untersuchung darüber eröffnet ist.

III. Rechtshängigkeit.

1. Die Rechtshängigkeit für die neu zu erhebende Klage beginnt mit dem Zulassungsbeschluss. Zugleich ist auch der Kompetenzvorzug begründet.[121])

2. War bei einem andern Gerichte schon geklagt, so ist die Zulassung, das latente Eröffnungsdekret, wegen Rechtshängigkeit zu weigern. Erst recht, wenn ein anderes Gericht schon eröffnet hatte.

War bei demselben Gericht schon geklagt, so kommt nur § 236 (Verbindung mehrerer anhängiger Sachen), nicht § 265, weil hier Mangel eines Eröffnungsbeschlusses vorausgesetzt wird, in Betracht.

3. Die Rechtshängigkeit endet mit Rücknahme des Zulassungsbeschlusses, mit Einstellung des schwebenden Hauptverfahrens und mit rechtskräftigem Urteil betreffs des neuen Anspruchs.

4. Das Prozessgericht ist für die Nachklage als forum connexitatis, § 13 StPO., zuständig, vorausgesetzt, dass nicht ein anderes Gericht die Untersuchung bereits eröffnet und dadurch Kompetenzvorzug erlangt hatte. Auf diese Thatsache könnten die Parteien auch noch im Laufe der Verhandlung hinweisen.

Im Falle solcher Prävention müsste die Klagzulassung versagt, ein schon ergangener Zulassungsbeschluss zurückgenommen werden.

---

[121]) Vgl. auch Löwe-Hellweg zu § 12 Bem. 3b; Stenglein das. Bem. 3.

Hansa und Hasbannus

im nordfranzösischen Recht

von

Dr. Ernst Mayer,
Professor in Würzburg.



Die folgenden Untersuchungen sind eine Nachprüfung dessen, was Verfasser über die Kaufmannsverbände und deren Beziehung zum königlichen Gesinde in seiner Verfassungsgeschichte[1]) ausgeführt hat. Veranlasst wurden sie durch die lebhaften Angriffe, welche Rudolph Eberstadt[2]) gegen jene Aufstellungen gerichtet hat. Diesmal sollen die französischen Quellen des 14. und 15. Jahrhunderts, namentlich soweit sie in den Ordonances des rois de France und in der grossen Sammlung der Pariser Zunftstatuten gedruckt sind[3]), mit herangezogen werden, da sie reichliche und interessante Aufschlüsse geben. — Den Ausgangspunkt aber sollen womöglich allemal die sorgfältigen Nachrichten bei Étienne Boileau[4]) bilden. Vor Boileau kommen nur wenige dürftige Belege in Betracht. —

I. In Paris befassen die Handwerkerverbände (métiers) gerade so die Händler in dem betreffenden Gewerbszweig wie die Handwerker. Nur für diejenigen Betriebe, welche die Urproduktion betreffen, ist natürlich die Produktion selbst, die sich im ganzen ausserhalb der Stadt vollzieht, von dem Handel abgespaltet und treten ausschliessliche Händlerverbände auf; namentlich kommt da der grosse Verband der regraterii in Betracht, welcher für die täglichen Lebensmittel — vom Fleisch und teilweis dem Brot abgesehen — zu sorgen hat, soweit hier nicht die auswärtigen Marktfahrer eingreifen.[5]) Dagegen im eigentlichen Handwerk enthält der

[1]) Ernst Mayer Deutsche und französische Verfassungsgeschichte vom 9. bis zum 14. Jahrhundert. 1899.

[2]) Das französische Gewerberecht und Schaffung staatlicher Gesetzgebung und Verwaltung in Frankreich vom 13. Jahrhundert bis 1581. 1899.

[3]) Erstere abgekürzt Ord; letztere Mét (Les métiers et corporations de la ville de Paris. 3 Bde.).

[4]) Le Livre des metiers d'Étienne Boileau publ. par René de Lespinasse et François Bonnardot. 1879.

[5]) Boileau I. 9; I. 10. Als die beiden Grundformen erscheinen die regratiers de pain u. de sol (I 9 § 10); zu ihnen gehören die Früchtenhändler (Spezerei-

gleiche Verband den Unternehmer, der andere für sich arbeiten lässt, und denjenigen, der mit eigener Hand arbeitet. Beide treten dann auch als Händler auf. Das gilt namentlich für das grosse Gewerbe der Tuchweber, wo in Paris und anderwärts erst ganz allmählich die draperii und textores auseinander treten.[6]) — Nur die merciers und die fripiers sind bereits zur

---

händler I. 10); die Fischhändler (I. 100, 101) und die Geflügelhändler (I. 70). — Weiter gehören in diese Reihe die Liniers: I. 57 (aber in § 5 doch Übergang zum Handwerk), Hanfhändler (I. 58), Ölhändler I. 63 (aber hier wieder Übergang zur Fabrikation: § 2), Heuhändler I. 89; Fischer I. 99.

[6]) Eberstadt a. a. O. S. 58, N. 17, S. 83 behauptet, dass „die Pariser Tucher keineswegs unter der Wollenweberei zu suchen seien". Er stützt sich dabei auf Boileau II. 24 § 19 wo von einer confrarie aus drapiers de Paris die Rede ist. — Allein in der Darstellung der métiers erscheint ein besonderer Verband der drapiers den tisserands gegenüber nicht, sondern das mestier der toisserands de lange (I. 50) befasst zweifellos gerade so gut den Grossverkäufer (I. 50 § 52) wie den kleinen Meister, den Industriellen, der andere für sich arbeiten lässt, wie den für eigene Rechnung arbeitenden Handwerker: vgl. Lespinasse zu Boileau S LX fg.; nirgends finden sich besondere Bestimmungen für die fabrikmässige Grossindustrie, und der Grosshandel als solcher ist ausdrücklich in I. 50 § 52 erwähnt. In einer Entschliessung des prévôt des marchands von 1270 (Mét III S. 140) werden noch unter die Bezeichnung tisserands zusammengefasst die menuz mestres tessarans de Paris que font euvres a autrui und ceus qui font fere leurs euvres a autrui, wenn gleich hier eine beginnende selbständige Organisation der ersteren zu erkennen ist. In einer spätern Ordonanz (1292), wo das Verhältnis des Commun des tisserands zu den Färbern geordnet und letztern das ausschliessliche Recht zugesprochen wird, das in Paris vorhandene Garn zu färben, müssen notwendig gerade die Fabrikanten wesentlich von dieser Bestimmung berührt worden sein, und sind dann im commun des tisserands enthalten. Es geht dem ganz parallel, wenn die gleiche Ordonanz innerhalb der Färber, Fabrikanten und Handwerker unterscheidet (Mét III S. 117 § 3 u. N. 1). Freilich ist dann 1309 eine fraternitas draperiorum vorhanden (Ord III S. 582 f.), wo das Verhältnis besser als in Mét III S. 145 zu erkennen: die mitgeteilte Urkunde ist auf 1309 datiert; in der vorausgehenden Urkunde Johann II steht allerdings in einer Fassung mil cent quatre vins et huit als Datum des Beginns der confreria; allein die Stelle ist radiert und eine andere Handschrift hat 1308; Et. Boileau II. 24 § 19 führt die Sache noch etwas weiter hinauf. — 1292 stehen für die Stadtsteuer 19 drapiers 82 tisserands gegenüber (Met III S. 134); 1308 sind die drapiers und tisserands bei der gleichen Gelegenheit ebenfalls getrennt (Leroux de Lincy histoire de l'Hotel de ville de Paris II S. 171). In der Bestätigung von 1362 erscheint die Brüderschaft der drapiers lediglich als

Zeit des Boileau wesentlich Kaufleute. Immerhin kann man aber auch hier einen Zusammenhang mit gewissen Handwerken erkennen; bei den merciers mit den Handwerkern, welche feinere Kleingeräte und -waren herstellen,[7]) bei den fripiers mit den Kürschnern.[8])

Dieser Verbindung von Handwerk und Handel, Kleinbetrieb und Grossbetrieb steht nun eine Schicht von mercatores gegenüber, die nur mercatores sind, vielfach speziell Grosskaufleute. — Diese mercatores (marchands) werden noch um die Wende des 12. und 13. Jahrhunderts von den drapiers und andern Grossgewerbetreibenden unterschieden,[9]) die letzteren

Händlerinnung (Ord III. S. 145); ähnlich in einer Bestimmung von 1375 (Ord VI S. 174). Dabei ist es dann auch bis zum Untergang der alten Verfassung geblieben: die drapiers gehören 1425 mit den Wechslern, Goldschmieden, Spezereihändlern nicht mehr zu den 17 métiers von Paris (Ord XIII S. 112; Eberstadt S. 287 N.); später aber sind die drapiers eines der six corps des marchands (Mét III S. 734 s. v. six corps). Aber all das ändert nichts an dem, dass ursprünglich diese sich ablösende vornehme Klasse noch im Ende des 13. Jahrhunderts dem Weberverband angehört.

In der wichtigen draperie von Troyes sind noch in der Mitte des 14. Jahrhunderts Händler und Weber unter dem Namen drapier befasst (Ord III S. 411 § 2 1360; S. 511 § 1, § 2 1361); aus den drapiers im allgemeinen heben sich im magisterium der Zunft die stärker vertretenen und so wohl mächtigern lanneurs heraus, denen die tisserands gegenüberstehen (Ord III S. 411 § 2). Ein andermal aber (Ord III S. 518 § 28) wird hier von drapiers geredet, welche baillent communement leur laine pour files tant estains comme traimes a toutes manieres de gens; so werden die lanneurs an erster Stelle die Unternehmer sein, welche die Wolle hergeben (vgl. auch Note zu Ord III S. 411 § 2).

In Rouen (Ord II S. 397) sind 1350 die drapiers von den tisserands derart getrennt, dass sie anscheinend nicht mehr zum métier de la draperie gehören. —

Wenn in Comines 1361 (Ord V S. 210 § 9) neben dem drapier der tisserand de la main genannt und ihm vielleicht gegenüber gestellt wird, so weist das auf tisserands, die nicht mehr weben und dann wohl die drapiers sind.

[7]) Boileau I S. 87 § 25 corroier, mercier, coutelier, tabletier haben ihre stalla zusammen in der halle de la mercerie, haben zusammen eine Abgabe zu bezahlen, weil sie den Markt von St. Germain nicht beziehen. Mét III S. 384 § 10 werden zusammen genannt merciers, coustelliers, tabletiers, orfeuvres et tous ceulx qui estaux tiennent ès halles de la mercerie. — 1308 wird derselbe Steuerkommissär für die merciers und courroiers aufgestellt: Leroux II S. 171, 15. August. — Ausserdem erscheinen die merciers als Putzmacher: Boileau I. 75 § 6. —

[8]) Boileau I. 76 § 26.

[9]) Leroux II S. 138 1298 ce sunt les nons de ceux qoi oront le conté du prest: le prevost et les eschevins; Henry Desnoz, por marcheans — Gile Maupas,

gehören wie die geringern Handwerker zum commun.[10]) — Boileau spricht wiederholt von der confrèrie des marchands, deren Behörde der prévôt des marchands und die eschevins de la marchandise,[11]) also das parloir aux bourgeois ist. Die crieurs werden von diesem Verband angestellt,[12]) und von da ab sind die marchands zweifellos identisch mit den mercatores hansati aque Parisienses, welche die crieria erworben haben[13]) und schon früher da und dort als mercatores schlechtweg erscheinen.[14]) Es sind diejenigen, welche auf der Seine Kauffahrt treiben, und damit stimmt, dass auch an andern Flüssen diese marchands auftreten.[15]) — Als Gegenstände das Flusshandels darf man sich zunächst die Lebensmittelversorgung im grossen denken; darauf führen die Urkunden,[16]) darauf aber

---

por changours — Jehan le Breton por peletiers — Thibout d'Orliens por drapiers etc.; S. 155, 1302; S. 166, 1305; S. 171, 15. August 1308.

[10]) Leroux II S. 151, ce sont les 24 preudhommes que lo commun de la ville de Paris a esleu pour ouir le conte de la taille; es sind hier die marchands nicht angeführt, die sonst neben den Handwerkerzünften genannt werden (s. vorige N.).

[11]) Z. B. Boileau I. 6 § 1.

[12]) Boileau I. 5 § 1.

[13]) Ord XI S. 309, 1220.

[14]) Einesteils Ord XII S. 287, 1187: ausschliessliches Recht der Seinefahrt haben mercatores aque; XI S. 303, 1213. mercatoribus Parisiensibus de aque; XI S. 309, 1220, die crieria gegeben den mercatoribus hansatis aque Parisius — andernteils: Cart. de Paris. 192. 1121, der König erlässt den mercatores eine Abgabe zur Erntezeit von dem mit Wein beladenen Schiff. Leroux II S. 202, 1200 mercatores Parisienses u. mercatores Rothomagenses streiten über die Salzmesser im Hafen (ich bemerke beiläufig, dass nichts dafür zeugt, dass die zur Inquisitio kompromissweise gewählten 10 probi homines eine Behörde der mercatores sind, wie Leroux a. a. O. und nach ihm andere angenommen haben). Ord IV S. 87, 1209 mercator Parisiensis; XI S. 290, 1204 mercatorum Parisiensium.

[15]) So Ord XI S. 290, 1204 Mercatores de terra nostra et Burgundiones Kauffahrer auf Seine und Isère. — Ebenso erscheinen 1313 (Leroux II S. 173) marcheant et voiturier d'Yonne und ziemlich häufig später die marchands der Loire (Ord XII S. 121, 1380), die in unsicherer Weise mit Orleans zusammenhängen (Ord XII S. 208, 1402). Einige andere Fälle bei Luchaire Manuel S. 359. Die von ihm (S. 356) angeführte Untersuchung über die Loirekaufleute ist mir unzugänglich.

[16]) Noch im 14. Jahrhundert beschäftigen sich die Loirekaufleute namentlich mit Wein-, Getreide- und Salzhandel (vor. N.). — In Paris wie Rouen aber ist das wesent-

auch die allgemeine Erwägung, dass die mercatores aque wohl nicht die mercatores schlechtweg gewesen wären, wenn sie mit demselben Objekt gehandelt hätten, wie die aus dem Handwerkerverbande hervorgegangenen Grosshändler und Unternehmer.

Schon im Laufe des 13., deutlich aber im 14. und 15. Jahrhundert lässt sich nun aber eine Veränderung in der Klasse der mercatores erkennen. Ich lege hier natürlich keinen Wert darauf, dass z. B. bei Boileau das Wort marchand in der allgemeinsten Bedeutung Händler vorkommt. Vielmehr ist das gerade auch für die spätere Zeit der Ausgangspunkt, dass der Gegensatz der marchands und gens des métiers scharf festgehalten wird.[17])

Die Veränderung aber besteht darin, dass nunmehr gewisse Händlerklassen, die bisher zu den métiers gehörten, sich nun mit den mercatores vereinigen. Endpunkt der Entwicklung ist es, wenn in Paris zu Anfang des 15. Jahrhunderts die drapiers, die Wechsler, Goldschmiede und Spezereihändler[18]) nicht mehr zu den métiers gehören, und wenn dann später im 17. und 18. Jahrhundert zu den six corps des marchands die drapiers, épiciers, orfèvres, pelletiers, merciers und bonnetiers[19]) gerechnet werden. — Anderseits bildet es einen gewissen Abschluss, dass auf den Champagnermessen als die Kaufleute und zwar durchweg als Grosskaufleute die drapier, die marchaanz d'avoir de pois, marchaanz de chevaux, marchaanz de Cordonnen erscheinen;[20]) namentlich aber kommt in Betracht, wenn in der allgemeinen Ordonanz von 1356 wie es scheint als marchans aufgezählt

---

lichste Objekt der Flussschiffahrt der Wein. Cart. de Paris 192, 1121 (N. 14) Ord XI S. 269, 1192; dann die Urteile des parloir aux bourgeois bei Leroux pass.: fast überall handelt es sich um Konfiskation von Wein fremder Händler, welche das ausschliessliche Recht der Pariser Händler verletzen. Ausserdem zeigt die Urkunde von 1200 bei Leroux II S. 202, dass die mercatores von Paris auf dem Fluss auch Salzhandel betreiben.

[17]) Ord III S. 668, 1363 für Paris: personnes et corps de marchands, gens des mestiers; Ord XIII S. 112 ob. N. 6.

[18]) Ord XIII S. 112 ob. N. 6.

[19]) Mét I S. 108 N. 1 u. die im Index angeführte Stellen; die Weinhändler als solche treten erst 1725 (Mét III S. 695) definitiv in den Verband, wiewohl (III S. 684) schon 1611 eine äusserliche Gleichstellung erfolgt ist.

[20]) Ord II S. 203, 1344.

werden: bourgeois, changeurs, orphevres, marchans d'avoir de pois, drappiers, peletiers, merciers, espiciers, marchant de chevaux (hosteliers).[21]) — Im einzelnen lässt sich nun aber dieser Prozess recht gut verfolgen. Vor allem gehört es hierher, wenn sich in Paris und auswärts die drapiers allmählich von den Webern ablösen. Auch unter den Färbern werden zu Ende des 13. Jahrhunderts die Unternehmer unterschieden.[22]) — Das gleiche vollzieht sich dann im Gewerbe der Lebensmittelhändler: während noch bei Boileau die regratiers alle Arten des Spezereihandels betreiben und besondere épiciers nicht genannt sind, treten die épiciers im 14. und 15. Jahrhundert als besondere Händler und zwar als grössere Händler auf, die nicht zu den Zünften gehören, wenn sie freilich auch zu gleich in Detail verkaufen;[23]) umgekehrt wird den regratiers der Grosshandel untersagt.[24]) Die Differenzierung ist aber schon im 13. Jahrhundert dadurch angedeutet, dass in Paris sich mercatores ponderis Parisiensis fanden, welche von jedem Wiegezwang befreit sind, während der gewöhnliche Wiegezwang mit 24 £ beginnt.[25]) — Ganz deutlich ist das Aus-

[21]) Ord III S. 151 § 11. Danach noch a tous autres gens marchant et de mestier; ich fasse das so, dass mit a tous autres gens marchant das vorausgehende Verzeichnis abgeschlossen werden soll, dann wendet sich das Gesetz mit einem Wort auch an die gens de métier.

[22]) Zu beiden N. 6.

[23]) In der grossen Ordonanz König Johanns II. n. 1351 (S. 54 § 7) heisst es: toutes manieres de marchans, espiciers, drapiers etc. (Mét I S. 41); schon 1311 wird eine Ordonanz erlassen für die espiciers, marchands d'avoir de pois (Mét I S. 500). Zu Beginn des 15. Jahrhunderts gehören die épiciers nicht mehr zu den métiers und später sind sie eines der six corps de marchands (ob. N. 6 N. 18 N. 19).

[24]) Das zeigt sich am Fischhandel, der von jeher zur regraterie gehört: der regratier de pain und sel darf mit jeder Art von Meerfischen, Salz, Früchten und Spezereien handeln (Boileau I 9 § 2). Der regratier de fruit aber — von dem sich der espicier ablöst — darf mit Salz, Brot, mit Meer- und Flussfischen, Geflügel handeln (II. 8 § 19; I. 10 § 12); dazu Ord. Johanns II. 1351 IX § 1 (Mét I S. 19), wonach Flussfische in den Buden der saunerie verkauft werden; auch Mét I. S. 452 § 2, 1464 poissoniers et regrattiers de poisson. — 1495 nun wird den regratiers untersagt, Meerfische im grossen zu kaufen (Mét I S. 418 § 1); schon 1320 aber wird für den Fischhandel bestimmt, dass niemand in diesem Gewerbe gleichzeitig grossier und detailleur sein darf (Mét I S. 414 § 8; vgl. auch I S. 416 § 8).

[25]) Germanistische Abhandlung für Konrad v. Maurer S. 393 N. 5, S. 394 N. 1. V. G. I. S. 85 N. 30. — Eberstadt S. 62 N. 6 glaubt hier ein ganzes Nest von

scheiden der marchands aus der Zunft bei den bonnetiers,[26]) die im 17. und 18. Jahrhundert zu den six corps de la marchandise zählen. —

Irrtümern in meiner Darstellung gefunden zu haben. Dass ich die 24 ℒ nicht, wie er meint, auf Geld-, sondern auf Gewichts-Pfund deute, hätte er aus V. G. I. S. 85 N. 30 sehen können. Ich habe nicht von einer Abgabe bei einem Betrag von 24 ℒ Silber geredet, sondern wie der Zusammenhang ergibt, von der Massabgabe, die hier auch von Waren im (Gewichts-)Betrag von über 24 ℒ nicht erhoben wird. Hier ist das Missverständnis auf E.'s Seite. Die mercatores ponderis sind aber nicht die Verkäufer von Pfundware schlechtweg. Natürlich handelt es sich bei dem avoir de poids um Waren, die gewogen werden, besonders um den Lebensmittelhandel, und es scheiden die Gewerbe aus, bei denen mit dem Längemass (drapiers) oder mit dem Hohlmass (z. B. Weinhändler, Getreidehändler) gemessen wird, dann diejenigen zahlreichen Gewerbe (alles was zur feineren Lederfabrikation, der Metallfabrikation, der mercerie gehört), wo überhaupt der Natur der Sache nach nicht gewogen wird. Und wenn in der Ordonanz Johanns II. XII. § 1 [Mét I S. 23] der Ausdruck weiter zu gehen scheint (les drappiers en groz ou en detail, les peletiers en gros ou en detail, les espiciers, feutriers, frappiers, cordiers, vendeurs de hanap et tous autres marchans d'avoir de poix), so ist das offenbar nur ein ungenauer Ausdruck, der weiter keinen Schluss gestattet, als dass es ausser den espiciers wohl noch andere marchans d'avoir de poix gibt. Es wäre nun wohl möglich, dass der Ausdruck avoir de poix einfach von der Thatsache des Wiegens überhaupt genommen ist; es ist aber gerade so gut möglich, dass er genommen ist von dem Wiegen gerade mit der gesetzlichen und deshalb weithin der öffentlichen Wage, so dass es sich um die Waren handelt, die an der öffentlichen Wage gewogen werden müssen. Die Quellen entscheiden nun für die letzten: wenn die Olim (vgl. unten) zweimal von mercatores ponderis P a r i s i e n s i s reden, so drückt sich damit aus, dass es sich um den Handel handelt, der mit den gesetzlichen Gewichten wiegen muss; und das ist dann auch noch in der Ordonanz von 1307 gesagt (Memoires de la société de l'histoire de Paris II S. 138). Item que nul marcheant d'avoir de pois ne puisse vendre a autre livre que à la nostre qui est de XV onces, exceptés espices confites, et que nulle autre mercheandise qui se vent a pois et a à livre ne soit peseé que a la dite livre et a celle mesme revendues.

In Rouen sind nun die Kaufleute überhaupt verpflichtet zu wiegen bei Waren über 24 ℒ. (Beaurepaire de le vicomté de l'eau de Rouen Ord X S. 351. S. 363 c. 76). Dieselbe Grenze wird dann in Paris erwähnt (Ol. I S. 330 XVII; II 279 I); offenbar steht auch die Begrenzung in Boileau I 64 § 8 damit in Zusammenhang, und das zwingt zur Annahme, gerade bei der seit dem 10. Jahrhundert getrennten Rechtsentwicklung beider Städte, dass es sich um eine sehr alte Grenze handelt, eine Grenze, welche übrigens von vornherein den kleineren Lebensmittelhandel vom Gewichtszwang ausschliesst. — Von diesem Wiegezwang sind nun aber nach dem Parlamentsakten seit den ersten Jahrzehnten des 13. Jahrhunderts die mercatores ponderis Parisiensis

Weiter gehört die eigenartige. Entwicklung des Standes der merciers hierher.[27]) Ist ursprünglich ein gewisser Zusammenhang mit dem Kleineisenarbeitern und Lederarbeitern zu erkennen,[28]) so wird es nun von Wichtigkeit, wenn im 14. Jahrhundert den corroiers und cordonniers der Handel mit Leder verboten wird,[29]) dann aber auch den cordonniers der Handel mit anderer als der selbsthergestellten Arbeit nur in der Halle gestattet ist.[30]) Bereits 1305 ist ein mercier Mitglied der confrèrie des marchants und wird aus ihr ausgestossen, weil er durch Scheingesellschaft mit einem Fremden das Stapelrecht der Bruderschaft verletzt hatte.[31]) Im 17. und 18. Jahrhundert aber rechnen die merciers zu den six corps. Dabei haben

---

frei. Es ist nun ganz unmöglich, diese mercatores ponderis, an Zahl 51 (Ol. II S. 279 II) zu identifizieren mit den regratiers überhaupt, zu denen sie noch zur Zeit Boileaus dem Zunftrecht nach gehören; das verbietet die Erwägung, dass damals Paris eine Stadt von nahezu 200 000 Menschen war und schon für ganz kleine Gewerbe sich bei Boileau verhältnismässig viel höhere Zahlen ergeben (I. 28 § 15: 15 patrenotriers; I. 55 § 10: 51 chaucier). Vor allem aber zeigen die gleichzeitigen Nachrichten des Boileau, dass die ciriers, die pevriers und apothécaires noch immer wägen mussten und wegen der Massabgabe keine andere Umsatzsteuer gaben (Boileau II. 16 § 4 car ils s'acuitent au pois le Roi). Darum müssen die mercatores ponderis ein bestimmter engerer Kreis sein, welche vollkommene Befreiung vom Wagezwang erlangt haben, d. h. eben die m e r c a t o r e s, die Grosshändler; Grosshändler jedenfalls im Aufkauf. Dass sie aber ursprünglich auch wägepflichtig waren, sagt der Name. — Mit dem Wägezwang fällt auch die an der Wage erhobene Abgabe weg; nur darauf konnte es dem Zusammenhang nach bezogen werden, wenn ich von gebührenfreien Grosskaufleuten rede; Eberstadt hat auch hier missverstanden. — Als Verband treten die Leute eben gerade in den Olim auf.

[26]) Mét III S. 245 § 2, 1367: Item que nulz du mestier ne puist ouvrer à persone nule, se il n'est maistres du mestier ou souffisans, qui sache ouvrer de cisailles et de chardons et fouler sur selle, ou femme du mestier ont enfans du maistre pour tenir ouvriers; excepté tant que touz ceulz qui du mestier ont esté et seront marchans pourront baillier leur laine à ouvrer souffisoment pour ouvrer en la maison desdiz ouvriers. —

[27]) Hierzu die vortrefflichen Bemerkungen in Mét II S. 23 f.; vgl. auch Eberstadt S. 292.

[28]) ob. N. 7.

[29]) Ord Jean II v. 1301 XIII § 1, § 3 (Mét. I S. 23 f.).

[30]) Ebenda XIII § 3 (Mét. I S. 24).

[31]) Leroux II S. 169, 1305. 29. Nov. — Bemerke auch Boileau II. 4 § 30, wo mercerie auf der Seine verfahren wird.

sie im Lauf der ganzen Entwicklung noch eine Reihe benachbarter Gewerbegebiete annektiert, haben besonders in den Betrieb der fripiers, der Tuchhändler und der Goldschmiede hinübergegriffen.[32]) — Eine ähnliche, wie mir scheint ältere, aber weniger durchsichtige Geschichte hat der Stand der pelletiers durchgemacht. — Wechsler und Goldschmiede aber sind von Haus aus Händler. —

Fasst man das bisherige zusammen, so treten der alten hansa mercatoria, die man zunächst noch wesentlich als den Verband der Grossproduktenhändler zu denken hat, andere Händlerklassen bei. Ursprünglich gehörten diese dem Handwerkerverbande ihrer Klasse an, haben sich aber davon abgelöst; der eben angeführte Fall der Zugehörigkeit eines mercier zu der confrérie des marchands belegt das trefflich. Die jüngern Klassen haben die alten marchands bald derart verdrängt, dass im Lauf des 15. Jahrhunderts die letztern in Paris nicht mehr erwähnt werden, sondern die marchands, welche den mestiers gegenüberstehen, nun durchweg die neu hinzugekommenen sind. Die hansa freilich wird noch in der Mitte des 14. und Anfang des 15. Jahrhunderts auf die marchandise de l'eau bezogen.[33]) — Um Grosshändler im engsten Sinne handelt es sich nicht immer; die épiciers und die merciers sind jedenfalls im Verkauf Detaillisten. Aber sicherlich sind es nur Händler, keine Handwerker, und stehen auch über den Kleinkrämern (regratiers). Ich weiss keine bessere Abgrenzung als die, welche unser modernes Handelsrecht im Gegensatz von Vollkaufmann und Minderkaufmann an die Hand gibt.[34]) — Keinen Aufschluss ergeben dem entgegen, was man vielleicht erwarten könnte, die Nachrichten über die Wahl des prévôt des marchands, und der échevins; denn diese, sehr spät und wenig ursprünglich laufen lediglich auf eine etwas komplizierte Kooptation hinaus und besagen infolgedessen nichts über den Umfang der Pariser Kaufmannschaft.[35])

---

[32]) Vgl. Mét III S. 432 § 15 mit Mét. II S. 262 § 17.

[33]) Ord IV S. 9. 1350; dann die grosse Ordonanz von 1415 (Ord. X. S. 257 f.) § 495 auch der Bürger von Paris unterliegt dem hancer; § 59 das hancer aber ist ein hancer de la marchandise de l'eau de ladicte ville de Paris.

[34]) Goldschmidt Handbuch des Handelsrechts I S. 510 f.

[35]) S. dieselbe bei Leroux I S. 154. Danach sollen die Quartiniers mit 6 designierten Bürgern je 4 Leute wählen, der prévôt wählt mit den échevins und den 24 conseillers je 2 aus diesen. Diese dann der prévôt, die Schöffen, die con-

II. Gleichzeitig mit dieser Verschiebung setzt noch eine andere Entwicklung ein, die denselben Ausgangspunkt wie jene hat, aber in einer andern Richtung verläuft.

In manchen Orten treten auch die Handwerkerverbände in die Hansa ein, oder besser, sind hansae. Es ist kein Zweifel, dass die hansa in Paris, dann aber auch in Rouen und Nantes, ursprünglich identisch ist mit der Bruderschaft der mercatores und diese selber wieder die Seineschiffer sind;[36]) noch später werden in diesen Orten die hanses wenigstens als Kaufmannsvereinigungen aufgefasst.[37]) — Dem steht nun ganz scharf die Thatsache gegenüber, dass in Rouen und in der Normandie überhaupt der in einen Handwerkerverband eintretende hansa zahlt.[38]) Ebenso werden in Reims die Weber von den draperii — aller-

---

seillers und quartiniers wählen dann den Magistrat. Nach Leroux stammt diese Wahlordnung von 1415 und steht in dem grossen Pariser réglément pour la jurisdiction des prévôts des marchands von 1415 (Ord X S 257). Hier und überhaupt in den Ordonanzen bis 1514 vermag ich aber nichts ähnliches zu finden und ich vermute, dass es sich um eine spätere Ordonanz handelt, vielleicht an das Parlamentsurteil von 1500 (Leroux I S. 155) anknüpfend, die dann in einer der bei Leroux benutzten, mir nicht zugänglichen alten Sammlungen (Leroux I S. 125 N 4; I S. 57 N. 1; I S. 155) irrtümlich mit jener grossen Gewerbeordnung verbunden worden ist. — Eine ähnliche Erklärung bei Robiquet histoire municipale de Paris S. 248 N. 1.

[36]) Paris ob. N. 14. Rouen: Ord II S. 433. 1170, und Ord II S. 413 § 7. 1207: Die mercatores aquae von Rouen haben das ausschliessliche Durchfahrtsrecht auf der untern Seine. Das Stapelrecht aber, das sich daraus ergibt, wird in Rouen vom hansarius geltend gemacht. Chéruel hist. de Rouen I S. 154. Mantes: Hier ergibt sich der Zusammenhang der hansa mit dem Flusshandel aus der Urkunde bei Leroux I S. 109 N. 1 (montant ou avalant).

[37]) Ord XVIII S. 654 § 31. Für Arras afin que tous lesdits marchans de nosdites ville et cité de Franchise aient meelleur vouloir de continuer leur fait de marchandise — les — exemptons de la compaignie françoise et des hansses de Paris, Rouen, Mantes et autres villes. 1481.

[38]) Für Rouen seit Ende des 14. Jahrhunderts: Ord VII S. 117 § 3 Färber. VII S. 744 § 8 Drahtzieher (auch für Normandie überhaupt). VIII S. 299 § 4 Weber VIII S. 359 § 10 Hörner VIII S. 367 § 1 Dachdecker. VIII S. 505 § 12 Scheidenmacher. VIII S. 598 § 4 Lichtermacher. X S. 40 § 3 Wachszieher. X S. 253 § 1 Koffermacher. XVI S. 231 § 6 Schmiede. XVII S 411 § 4 Pelzhändler. XVIII S. 45 § 1 Schneider. XVIII S. 420 § 9 Pflasterer. Für Evreux IX S. 45 § 1 Gerber.

dings momentan erfolglos — angehalten, beim Gewerbebeginn eine hancia zu entrichten.[39]) Und es gehört hierher, führt allerdings schon in deutsche Verhältnisse hinüber, wenn in den östlichen Gebieten noch sehr spät Hansen gerade der Kleingewerbetreibenden erwähnt werden.[40])

Eine ganz parallele Geschichte hat der Begriff burgensis durchgemacht. Nicht nur an der Grenze von Südfrankreich wird zu Anfang des 13. Jahrhunderts burgensis im Gegensatz zum allgemeineren civis als der Kaufmann und Händler definiert, der nicht mit der Hand arbeitet;[41]) sondern dasselbe lässt sich im Norden verfolgen. In Paris werden von frühern Zeiten her die burgenses den Handwerksleuten entgegengesetzt und den mercatores, dann den hansati, zunächst also den mercatores aque gleichgestellt.[42]) Und der gleiche Gedanke wiederholt sich vielleicht noch 1467, wenn den métiers gegenüber von francbourgeois und marchans, qui ne tiennent ouvrouer ne bouticles geredet wird.[43]) Ebenso treten auswärts die Bürger noch lange vor die commune oder die Zünfte,[44]) allenfalls sogar in der Art, dass sich gewisse

[39]) Varin archives adm. de la ville de Reims I S. 1072, S. 1074. 1292; von „dem häufig" vorkommenden Anspruch der Tucher, den Eberstadt S. 84 behauptet, wissen die Quellen nichts.

[40]) Vgl. meine V. G. II S. 241 N. 33, wo auch die einschlägigen deutschen Verhältnisse. — Ord VI S. 608 § 4. 1381. für die Metzger von Langres: Maistre et compaignon du dit mestier können vom neu beginnenden erheben son ansaige raisonable (dazu Eberstadt S. 88 N. 3).

[41]) So Vitalis von Hueska: cf. bei Ducange s. v. capitalarii (capitulum) II S. 151; vgl. V. G. II S. 227 N. 5.

[42]) Ord IV S. 87. 1209: Si mercator Parisiensis voluerit habere societatem mercature cum burgensi Rothomagensi vel burgensis Rothomagensis cum burgensi Parisiensi. Ord. VI S. 147. 1215. Zuerst burgenses Parisienses, dann mercatores. Dann Ol. I S. 811 XXX (meine V. G II 228 N. 7). Noch 1404 werden aufgezählt bourgeois, marchans et habitans (Ord. IX S. 43).

[43]) Mét I S. 60 § 24.

[44]) Zuerst Ord XI S. 270 § 5 Communalcharte v. S. Quentin, was also in die Wende des 11. und 12. Jahrh. führt: Si quis intraverit in communia, salvo corpore suo et pecunia sua et rebus permaneat, nisi sit de hominibus nostris de corpore, quorum nullium recipiet, neque aliquem de placito burgo Et. de S. Quentin § 12 (Giry étude sur les origines de la commune de Saint Quentin S. 71) sus bourgois ne sus juré (Communist) ne sus franc home. Ord IV S. 63 § 5. 1196. Villeneuve S Melon: quod in predicta villa non recipietur ad manendum aliquis de communiis

Händlerklassen zwischen Bürger und Commune (oder Zünfte) einschieben,[45]) es sind also hier selbst die Händler noch nicht vollkommen in den Stand der burgenses übergegangen. — Aber auch hier lässt sich wieder eine jüngere Schicht erkennen, in welcher der bourgeois lediglich von dem manant oder habitant sich abhebt[46]). Da in einer Stadt wie Paris die Masse der Bevölkerung Gewerbe betreibt, so unterscheidet sich dann meist der demorant vom Bürger nur mehr durch den fehlenden Hausbesitz.[47])

So hat sich der Begriff des burgensis wie des hansatus ausserordentlich verbreitert und allmählich die ortsansässigen Handwerker überhaupt erfasst. In der Normandie und im Osten gilt das für hansa, während man in Paris noch bis in den Anfang des 15. Jahrhunderts unter der hansa doch den engern Kreis der Kaufleute versteht; noch jetzt treten einheimische und fremde Händler ausdrücklich in diesen

---

nostris, nec aliquis de burgensibus nostris, nisi de voluntate nostra. Ord II S. 400. 1350 ex parte dilectorum nostrorum scabinorum, burgensium, communitatis et habitlatorum villae nostre insulensis. Ord IV S. 404. 1320 eschevins, bourgeois et le peuple commun de la ville de St. Omer Ord IV S. 648. 1365 eschevins bourgois, et la communaute de nostre ville de Tournay. Ord VII S. 366 unt. 1256. Neufchateau in Lothringen aux diz borjois et a la communauté.

[45]) Ord III S. 151 § 11 (allgemeine Ord): a tous bourgeois, changeurs, orphevres, marchans d'avoir de pois, drappiers, peletiers, merciers etc. Ord V S. 190. 1369 (für einen aquitanischen Ort) burgensium, mercatorum, et habitatorum. — Sehr spät 1461 noch in einem kleinen normännischen Ort: bourgois, marchans drapiers, commun et habitants (Ord XV S. 32 § 11). — Für Paris N. 42 a. E.

[46]) Bourgois — habitants von Paris: Ord IV S. 327 f. 1355; S. 461. 1364. — V S. 137. bourgeois et autres habitans 1368. Tournay. — S. 193. 1369 bourgois et habitans de la ville de Chalons. — S. 197. 1369 bourgois et habitants de la ville d'Abbeville u. so oft. — Diese Auffassung kommt bereits bei Boileau durchweg zum Ausdruck (pref. a toz les bourgois et a touz les habitants. I. 70 § 5 bourgois ou estagier. II 5 § 1 bourgois — § 2 demorant a Paris, qu'il ne soit bourgois); Boileau betrachtet auch die Handwerker als bourgeois (I. 6 § 6; I. 11 § 10; I. 12 § 9; I. 14 § 5 u. s. w.). — Der estagier ist nach dem Urteil des parloir aux bourgeois der wirklich domizilierte nicht der blosse Aufenthalt (Leroux II S. 807. 1291. 10. Febr.)

[47]) Boileau II. 11 § 8 hom demorans a Paris, qui n'a pas de maison, qui seuee soit.

Kreis ein.[48]) Dagegen hat in Paris und anderwärts burgensis die erweiterte Bedeutung angenommen.

III. Es ist nunmehr an der Zeit, der rechtlichen Bedeutung der Bezeichnungen burgensis und hansatus nachzuspüren.

1. Ich beginne mit burgensis und will hier wieder von der spätern Zeit auf die frühere zurückgehen.

Hier ist es nun von durchschlagender Wichtigkeit, dass nach zwei Belegreihen die Pariser Bürger in der defensio oder salva gardia des Königs stehen.[49])

Ich habe anderwärts[50]) die Bedeutung dieser salva gardia aus den alten französischen Quellen ermittelt, und die dort entwickelte Auffassung besteht glänzend die Probe der jungen reichhaltigen Nachrichten. In den vielen hundert Schutzbriefen, die für Klöster oder Städte während des 14. und 15. Jahrhunderts ausgestellt wurden — erst unter Ludwig XI. scheinen sie abzukommen —, wird allemal der Schützling als Kläger und als Beklagter der ordentlichen Gerichtsbarkeit entzogen und der speziellen Gerichtsbarkeit des Königs unterstellt, welcher sie dann durch einen besondern conservator oder gardiator ausüben lässt — eine Form, die beiläufig gesagt auch die Päpste kopiert haben. — Ausserlich wird das Verhältnis sehr oft durch Anbringung der königlichen penuncelli (Fahnen) oder baculi — einem Gegenstück zu den deutschen Städtebildern — kundgemacht.[51]) Als gardiator wird in der Nähe von Paris häufig der

[48]) Leroux I S. 118.

[49]) Ord III S. 611 § 11. 1292 für einen Ort bei Avignon: Item quod nos habitatores dicti loci teneamus, custodiamus, et deffendamus, sicut cives nostros Parisienses. — Ord IV S. 669 § 1. 1277 für die italienischen Kaufleute in Nimes: omnes et singulos in civitatibus, communitatibus, et universitate predictis, qui ad civitatem nostram Nemausum pro mercaturis et negociacionibus ibidem exercendis se nunc et imposterum transtulerint, sub eadem nostra protectione et custodia recepimus, sub qua burgenses nostri Parisienses consistunt, eosque manutenere et deffendere tenemur eundo et redeundo et morando pro posse nostrum et juvare si ipsi vel res eorum caperentur vel impedirentur alicubi, eodem modo quo burgenses nostros faceremus. — In einem ganz analogen Fall werden die Angehörigen eines südfranzösischen Ortes gestellt sub securo conductu ac protectione et salvegardia: Ord V S. 190. 1369.

[50]) V. G. II S. 84 f.

[51]) Es ist hier des Raumes wegen nur möglich ein paar besonders deutliche Belege herauszugreifen: Ord V S. 115. 1368 Kloster bei Paris steht in gardia des

prepositus Parisiensis verwendet, anderwärts ein Bailli oder Seneschall.[52]) —

Wendet man nun das auf die Pariser Bürger an, so ergibt sich, dass die Bürger von Paris unter der besonderen Mundialgerichtsbarkeit des Königs stehen.[53])

Das Gleiche folgt aber auch noch auf einem andern Weg. In dem Privileg für die Italiener von Nimes sind diese bald den burgenses

---

Königs und kann deshalb nur vor einem gardiator des Königs beklagt werden, allein derselbe hat auch die Verteidigung des Klosters und deshalb die Entscheidung über die Klage des Klosters, hat cognicionem et decisionem omnium et singularum causarum ad dictum monasterium agendo et defendendo spectantium; als gardiator wird der prepositus von Paris genannt. — Ord V S. 129. 1368 ebenso für die Kartause von Paris, die in sauvegarde royal ist; das wird zum Ausdrucke gebracht durch Anbringung der pennonceaulz Roiauls; das Kloster steht wieder unter dem prévôt als garde especial tant en demandant comme en deffendant. — Ord V S. 234. 1369 (ähnlich VI S. 391. 1378). Hier für specialis gardia die ostiarii parlamenti als Antragsteller und die gentes requestarum als Richter, wieder Anbringung der penuncelli seu baculi regii. — Ord V S. 306. 1370 S. Martin in Tours ist in salva et speciali gardia des Königs und deshalb von der ordentlichen Gerichtsbarkeit vollkommen eximiert. — Ord V S. 335 f. 1370, 332. 1371 ebenso für S. Victor bei Paris; prévôt ist gardiator; es ist hier die gardia vom König widerrechtlich veräussert worden und wird nun der alte Zustand wiederhergestellt. — Ord IX S. 348. 1408 für Kloster in sauvegarde especial ist der bailli als gardien special et juge et conservateur — en toutes leurs causes, quereles et besongnes quelsconques, tant reelles comme personelles et autres et tant en demandant comme en defendant bestellt. Das soll aber nur für den Umkreis von 15 Meilen um das Domizil des geschützten Instituts gelten. — Ord V S. 263. 1369. Die Consules von Rodez in salva gardia des Königs, die vom Senescallus geübt wurde. Anbringung der königlichen penuncelli. — Ord V S. 573. 1372. § 4. Rochelle in salva gardia genommen; der Gubernator ist gardiator. — Vgl. auch Ord IV S. 142. 1346. Entscheidung über salvegarde enfrainte gehört zu den cas reservez.

[52]) Vorige Note. Besonders deutlich sind die Verhältnisse in der Touraine, wo der bailli der Touraine zugleich Richter über die Exemtionen in Anjou, Maine, Poitou ist; Ord V S. 369. 1370 § 4 (s. auch § 1, wo exemption de S. Martin die Immunität); Ord V. 429. 1371 § 1; Ord XII S. 253. 1413.

[53]) Vielleicht (mehr folgt nicht) gehört es in diesen Zusammenhang, wenn 1200 eine Verhinderung der Pariser am Löschen ihrer Salzschiffe als iniuriari domino regi et ipsis burgensibus angesehen wird: Felibien histoire de la ville de Paris I. dissertation sur l'origine de l'hôtel de ville S. XCVII. n. 6.

Parisienses, bald den burgenses nostri gleichgestellt[49]) und daraus folgt, dass im Süden während der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts die burgenses Parisienses mit den burgenses des Königs[54]) identisch sind. Damit stimmt dann auch die Verleihung des Rechts der Pariser Bürger,[55]) während sonst im Süden gewöhnlich nur von burgenses regis die Rede ist. Nun sind die burgenses des Königs im Süden zwar einer königlichen Stadt (Montpellier, dann Somières, dann Aiguesmortes) zugewiesen, allein das ist nur so aufzufassen, dass die Stadtbehörde als gardiator der überall wohnenden burgenses fungierte; denn die Bürger sind von der gesamten ordentlichen Gerichtsbarkeit eximiert und stehen lediglich unter dem König.[56]) Wiederum ergibt sich daraus für die Pariser Bürger die Unterstellung unter die königliche salva gardia; sie gehören der Klasse von Bürgern des Königs an, die von der lokalen Gerichtsbarkeit ganz abgelöst ist.

Fragt man, worin sich die Exemtion der Pariser in Paris selber äussert, so liegt die Antwort nahe. Während noch im 10. Jahrhundert ein besonderer vicecomes erwähnt ist,[57]) hat später der prepositus Parisiensis die Gerichtsbarkeit im vicecomitatus erhalten.

Das führt auf eine weitere Eigentümlichkeit. In den Quellen seit der zweiten Hälfte des 12. Jahrhunderts wird es als etwas normales betrachtet, dass die bourgeoisie durch den prévôt verliehen wird.[58]) Es wird zwar auch als möglich betrachtet, dass die gleiche bourgeoisie an bestimmten Orten von dem Gemeindevorstand erworben wird, aber das andere ist die Regel.

[54]) Luchaire manuel § 221; Boutaric la France sous Philippe le Bel. S. 154 f.

[55]) N. 49.

[56]) So passim Ord V S. 627 f. 1373; VI 214 f. 1376. — Vgl. auch ob. II S. 164 XXIX.

[57]) Cart. de Paris 62. 925.

[58]) Ord I S. 314 § 1, 1287. Für das ganze Königreich: se aucun veut entrer en aucune Bourgeoisie, il doit aller au lieu, dont il requiert estre bourgeois et doit venir au Prevost de lieu ou a son lieutenant ou al majeur des lieux, qui reçoivent bourgeoisie sans prevost; ebenso Ord I S. 367. 1302 (II S. 461). — Besonders charakteristisch Ord V S. 383, 1371. Das Dorf Puiseaux, das zum exemten Kloster S. Victor (N. 51) gehört, soll einem prévôt des exemtions unterstellt werden; das Kloster wehrt sich dagegen, weil ne fut oncques accoustumé de y avoir pour nous Bourgeoisie ne place de bourgeoise und erreicht, dass der Ort unter dem allgemeinen gardien, dem prévôt von Paris verbleibt. — Über ältere Verleihung der burgesia: V. G. II S. 232 N. 15.

Der prévôt aber ist als das ursprüngliche Organ der mittlern königlichen Domanialverwaltung zu betrachten.[59])

2. Unter den Merkmalen der hansae tritt auf den ersten Blick am deutlichsten das ausschliessliche Flusshandelsrecht hervor, das sich für dritte in einem Stapelrecht äussert. —

Es ist hier nicht der Ort, auf diese Berechtigung, die an der Seine so gut wie am Rhein sich findet, genauer einzugehen. Wer, wie ich, einen genauen Zusammenhang der mittelalterlichen Stadtverfassung mit dem römischen Munizipalrecht annimmt,[60]) wird, wie die alte Schule in der hansa mercatorum aque die Zunft der römischen nautae erblicken, die ja gerade auch in Paris existiert hat. Insoweit hat dann jeder Ort — Paris so gut wie Rouen, Mantes — seine besondere hansa.

Die Frage ist nun aber, ob das Wort hansa gerade diesen längst vorhandenen — römischen — Verband bezeichnet.

Hier kommt nun folgendes in Betracht. In Paris werden die Aufnahmegebühren (hances) allerdings von dem parloir aux bourgeois vereinnahmt.[61]) — In Rouen und in der übrigen Normandie dagegen, wo die Verhältnisse urkundlich viel klarer liegen, wird einige Mal davon gesprochen, dass die hanse zum Teil an den König, zum Teil an die Confrérie zu entrichten ist;[62]) andere Male aber wird noch bestimmter die

[59]) V. G. II S. 309.

[60]) Vgl. ausser meiner V. G. die Bemerkungen in deutscher Litteraturzeitung 1899 Sp. 1879 f. Ich habe das Viermännerkolleg noch sehr häufig auch im mittleren und nördlichen Frankreich wiedergefunden; ebenso kommt durchweg die Nachahmung dieser städtischen Vorstandschaft in den Viererkollegen, welche die Zünfte leiten, vor. Genaueres Eingehen ist hier nicht möglich.

[61]) Ord IX S. 704. 1405 der gardien de la prévôté des marchands übt die Rechte der prévôté aus, und darunter werden hanses erwähnt. — Leroux I S. 118 f.: die hanses erscheinen 1425 in der Einnahme des hôtel de ville. Unterschieden werden grosse und kleine hansa, ohne dass man über diesen Gegensatz genaueres wüsste. — Beiläufig gesagt, kann ich meine Verwunderung über Eberstadts Behauptung S. 83 N. 2, dass „wir über die Pariser hansa — durch eine lange Reihe von Urkunden auf das genaueste unterrichtet sind", nicht unterdrücken: denn die Nachrichten sind, wie überhaupt für Pariser Verhältnisse bis in die zweite Hälfte des 13. Jahrhunderts höchst dürftig, und auch später werden sie nicht reichlich. Wie gering sind die Belege über Pariser Verfassung, wenn man sie mit Köln, Metz, Lüttich oder auch den flandrischen Städten vergleicht.

[62]) Ord IX S. 45 § 1, 1404. il sera tenu paier pour sa hanse dix livres Tournois, c'est assavoir XL sols Tournois pour le roi nostre L., 4 ₤ tourn. à ladite

hanse gerade dem König zugeschrieben, und daneben eine Abgabe an die Confrérie unterschieden.[63]) Damit stimmt, wenn noch viel später zwar die Verleihung der hansa, wie schon in den Quellen des 13. Jahrhunderts, durch die Kommunalbehörde stattfindet, die in Rouen[64]) gerade so mit der hansa mercatorum aque in Beziehung steht, wie in Paris; allein wirksam wird diese Verleihung erst, wenn der königliche vicecomes aque die Verleihung registriert und die hansés „in Besitz ihrer Freiheiten gesetzt hat".[65]) Es ist natürlich sehr wohl möglich, dass die von der Kommunalbehörde erhobene Abgabe der hansa allmählich ihre Beziehung zum König verloren hat; der umgekehrte Weg aber, dass allmählich eine Beziehung zum König eingetreten wäre, ist unmöglich. — Nötigt danach das Recht in Rouen, anzunehmen, dass die hansa als Abgabe ursprünglich dem König gilt, so tritt der obrigkeitliche Charakter der Leistung deutlich in einer ältern Urkunde für die Champagne hervor, wo der vicecomes von Troyes unter Genehmigung des Grafen an ein Kloster die Abgabe vom Salzverkauf gibt, welche sich wieder spaltet in die hancia und in die buisselli. Die Urkunde führt freilich auf das andere Anwendungsgebiet der hansa, das Marktrecht hinüber, das hier nicht eingehend berührt werden

confrarie 4 £ pour garder et defendre les droits dudit mestier; X S. 253 § 1, 1415 pour sa hansse sera tenu paier 30 sols, c'est assavoir, au Roi nostre S. 20 sols et aus diz gardes X sols; XVI S. 231 § 6 1464; XVII S. 411 § 4; XVIII S. 45 § 1.

[63]) Ord VIII S. 299 § 4. 1392: chacun qui levra ledit mestier, paiera au Roy nostre S. vint soulz pour sa hanse dudit mestier et aus gardes cinq soulz pour leur peine et travail d'avoir examiné ledit maistre. — Ord X S. 40 § 3. 1412: jusques a ce qu'elle ait payé X sol. Tournois de hanse pour le Roy, et V sols tournois pour les gardes. X S. 355 § 18. 1415: il paiera 20 solz de hanse au roi; vielleicht XVIII S. 420 § 9.

[64]) Die Wahl der Kommunalbehörde erfolgt im Gebäude der hansa: Chéruel histoire de la commune de Rouen I S. 336 f. — Der maior hebt die hanses ein I S. 338. — I S. 154. 1254: der maior oder der hansarius macht das Stapelrecht der hansa geltend.

[65]) Beaurepaire de la vicomté de l'eau de Rouen S. 103/104 mit Berufung auf urkundliches, aber wie es scheint spätes Material: „que les lettres de hansa delivrées par la ville ne sortissaient leur effet que lorsque le vicomte de l'Eau en avait ordonné l'enregistrement a son greffe et avait envoyé les hansés s'éjouir des franchises attachées à ce titre."

soll; allein der obrigkeitliche Charakter des Rechts ist hier sehr klar.[66]) In Deutschland — Bremen — aber lässt sich das Gleiche noch weiter zurück erweisen[67]) und ähnlich ist es in Flandern. — Schon hieraus folgt mit Notwendigkeit, dass die hansa kein durch freie Vereinigung entstandener Verband, sondern ein Kreis obrigkeitlich aufgenommener Leute ist, der dann freilich zufällig auch mit einem autonomen Gewerbeverband thatsächlich zusammentreffen kann.[68]) —

Allein die spätern französischen Quellen geben noch einen andern höchst interessanten Anhalt. Nach dem Pariser Recht muss der fremde Kaufherr, der nach Paris Handel treiben will, sich in die hansa aufnehmen lassen und erhält hier nun einen Gesellschafter aus den hansati von Paris durch den prévôt zugewiesen.[69]) Es ist diese Zuweisung eines Gesellschafters nichts

[66]) Champollion Figeac, documents historiques inédits II textes S. 37. 1154 (Salagium, sicut vicecomes habuit, contulit — scilicet hansias et boisellos); ich habe V. G. II S. 207 durch Bourquelot verleitet die Stelle nicht richtig verstanden. Von einer Steuer vom Einpökeln ist bei salagium freilich keine Rede (Ord XII S. 193. 1399 wird gerade Pökelsalz von der Steuer freigelassen): aber salagium ist eben einfach die auch sonst (Ducange h. v.) öfter vorkommende Steuer vom Salzhandel (für später z. B. XII S. 121. 1380); sie ist dann als gabelle de sel (z. B. XII S. 193) ein Fundament der französischen Finanzen zu Ende des 14. und im 15. Jahrhundert: Vuitry Études sur le régime financier de la France II S. 19 f.

[67]) V. G. II S. 206.

[68]) So V. G. II S. 240.

[69]) Ord XI S. 290. 1204. Kein Burgundischer Kaufmann kann bei Paris Seinehandel treiben sine participatione mercatorum Parisiensium cum mercatore autem hansato et manente Paris mercaturam licite facient ubique sine participatione mercatorum parisiensium. — 1298 wird davon gesprochen, dass die Seinedurchfuhr nicht gestattet sei, sanz compagnie française et sanz ce que il feust hansés de l'iau de Paris (Leroux II S. 139. 1298 3. Okt.). — Ord IV S. 9. 1350. die durchfahrenden fremden mercatores müssen societatem franciscam per prepositum mercatorum seu per alterum Scabinorum dicte ville cum aliquo burgensi hansato ville hujusmodi recipere; in der fast gleichlautenden, aber entstellten französischen Fassung in IV S. 265 ist vielleicht erwähnt, dass der Fremde einem hanser unterliegt. — Ganz klar liegen die Verhältnisse in der grossen Ordonanz Karls VI. von 1415 (Ord X S. 257 f.) § 3: durchfahren können lediglich bourgois de Paris et hancez de la marchandise de l'eau; et s'ils ne sont bourgois de Paris, ilz seront pareillement hancez et avecques ce ilz auront compaignie française a eulx baillée par lesdits prevost et eschevins; ebenso § 207, § 255, § 304, § 390, § 419, § 425; noch deutlicher § 44 et aussi pour avoir compaignie française avecque ladite

anderes als die Anwendung des Teilrechts in den Gewerbeverbänden.[70]) Denn der Vorgang ist genau der, dass der Fremde in die hansa aufge-

---

hanse. § 59 s'il n'est hancé de la marchandise de l'eau de ladicte ville Paris, et qu'il n'ait compaignie française. § 495 der Bürger von Paris kann mit niemand Gesellschaft haben, s'il n'est hancé comme lui; abschliessend § 498: Quant aucun marchant ou autres forain hansé, aussi que dit est aura entencion de faire amener par ladicto rivière en ladicto ville de Paris aucunes denrées ou marchandises, avant que elles soient mises ne embatues, dedens lesdis destrois de ladicte marchandise et de icelle rivière, il yra pardevers les dis prevost et eschevins, pour les (die Waren) mettre en compaignie française et dira et declarara justement et loyaument et par serement le pris, que elles consteront en toutes choses rendues en ladicte ville sans y faillir sur ladicte peine et ledis prevost et eschevins donneront la compaignie a un bourgeois de Paris hansé et non a autre lequel, s'il lui plaist, aura la moitié d'icelles denrées ou marchandises ainsi mises en ladicte compaignie pour ledit pris que consteront rendues en la dicte ville.

Praktisch bedeutet das auch, dass ein Pariser hansatus mit einem Auswärtigen nur dann Gesellschaft haben kann, wenn der Auswärtige in die hansa eintritt Dieser Gedanke hat eine Parallele in dem Statut für die merciers der Touraine von 1448 (Ord XIV S. 30 § 16): dem Ultramontain, welcher die franchise de la bourgeoisie in den Städten der Touraine erlangt hat, ist der Abschluss einer Gesellschaft mit andern Ultramontain verboten, der diese franchise nicht hat. Liegt im letzten Fall die Ursache des Verbots in der Steuerfreiheit des Bürgers (§ 15 a. a. O.), der dann auch den fremden Genossen decken würde, so wird sich auch das Pariser Recht, wo der Fremde in die compaignie française eintreten muss, gerade so erklären.

Die Gesellschaften der Pariser Flusshändler müssen sich wie der Flusshandel selber — es kommen stets ganze Schiffe in Betracht — auf den Grosshandel beziehen. Hierher gehört dann die Parallele von dem Gildestatut für Valenciennes, wo anscheinend den Mitgliedern der Gilde mit fremden Marktfahrern ein Gesellschaftsverstrag über einen geringern Betrag als V sols verboten wird (Wauters libertés communales: preuves S. 259: S'aucuns des frères hasoche aucun hanseur au markiet mains que de V sols. cf. V. G. II S. 241 f. n. 34 n. 36)

[70]) Vgl. die Belege V. G. II S. 238 N. 29. — Zu dem dort Gesagten ist noch zu bemerken, dass in Paris das Teilrecht wiederholt nur den Angehörigen eines métier gegeneinander zusteht (Boileau I. 70 § 5, I. 76 § 18, I. 78 § 21; I. 79 § 21). Einmal wird das Recht den blossen haubanniers untereinander, die nicht zum métier gehören, abgesprochen: I. 76 § 27. Einige Mal geht auch in dem Handwerkerverbande das Teilrecht auf die Hälfte: Boileau I. 78 § 21; I. 79 § 21. Und einmal ist die Ausübung des Teilrechtes genau so von der Verfügung des Verbandsvorstandes abhängig, wie bei der hansa mercatorum (Boileau II. 30 § 19). Das bestätigt meine Ableitung des Teilrechts aus ursprünglich gemeinsamem Einkauf;

nommen wird — eine notwendig in die fränkische Zeit zurückgehende Form, weil dies hansin sich auch in Köln findet[71]) —; dabei wird ihm zur Gesellschaft (Teilung) durch den prepositus ein hansatus auf die Hälfte zugewiesen, wie das vereinzelt auch bei andern Gewerbeverbänden zu erkennen ist.[72]) — Derselbe obligatorische Eintritt des fremden Flusshändlers in eine societas mit den einheimischen hansati findet sich in Rouen und in Mantes.[73]) — Hier ist nun das entscheidend, dass der Eintritt nicht in eine compagnie Parisienne oder Rouenaise erfolgt, sondern in eine compagnie française — natürlich im Gegensatz zu der compagnie der Ultramontains. Das führt zur Annahme, dass der Fremde in einen Verband aufgenommen wird, der sich über die ganze France erstreckt. Diese Vermutung erhebt eine andere Urkunde zur Gewissheit; auch zeigt sich hier, dass die Aufnahme eigentlich durch den König erfolgt.[74])

---

freilich bezieht sich auf so etwas nicht die spätere Stelle Ord II. S. 398. 1350: Rouen et en payant aussi la moitié seulement de ce qui est accoustumé a payer, pour avoir la franchise dudit mestier de pleine oeuvre, pourra faire plains draps en sa maison, en compte de la ville: das bezieht sich nicht auf eine von der Stadt geleitete Gesamtwirtschaft dieser drapiers; vielmehr ist (Ord III S. 514 § 5 und Anmerkung hierzu) compte de la ville die Fädenzahl, welche an den einzelnen Fabrikationsorten gesetzlich feststeht. — Eberstadts S 91 Ausführungen treffen nicht das Wesentliche der Sache, wenn sie, wie es scheint, die dort geschilderte Wirkung des Teilrechts als Grund für eine bewusste Einführung ansehen.

[71]) Germ. Abh. für K. von Maurer S. 466 N. 2.

[72]) cf. N. 70.

[73]) Ord II S. 413 § 13. 1207: nulla mercatura potest chargiari apud Rothomagum in navi ad ascendendum sursus versus franciam, sine societate civium Rothomagensium. — Ord XVIII S. 654 § 31. 1481: Et afin que tous les dits marchants de nosdites ville et cité de Franchise aient meelleur voulloir de continuer leur fait de marchandise — exemptons de la compaignie française et des hansses de Paris, Rouen, Mantes et autres villes.

[74]) Ord XVIII S. 312. 1477: an Tournay verleiht der König privileges, franchises et libertés, comme font ceux de nostre bonne ville de Paris et autres etant de la compagnie françoise. — Der König bestimmt, dass die marchands, bourgeois et habitants de nostre dite bonne ville — soient de la compagnie française und vereinigt sie au corps et communité d'icelle compaigne française.

Möglich ist es, dass die compaignie française auch mit dem Verband der 17 villes jurées identisch ist, der den lendit bei St. Denis und die Champagnermessen

3. So erhält man aus zwei Beweisreihen einen über die ganze France sich erstreckenden Verband von Kaufleuten. Der Eintritt geschieht durch Zahlung einer hansa oder Verleihung der burgesia seitens der Obrigkeit, und daraus folgt eben dann, dass entsprechend dem angelsächsischen Vorkommen von hansa[75]) der Verband ein obrigkeitlicher ist, dass es sich um die hansa des Königs — oder vielleicht besser um die hansa des Herzogs von Francia oder der Normandie — handelt. Die Mitglieder des Verbands stehen in der salva gardia, der Mundialgerichtsbarkeit des Königs. Dass das juristisch von Haus aus nichts anderes heisst, als dass die Kaufleute zum Gesinde des Königs gehören[76]), ist natürlich in dieser spätern Zeit direkt nicht mehr zu erkennen. Aber betont soll doch werden, dass gerade in französischen Quellen auch unfreie burgenses hervortreten,[77]) wenn auch daraus für sich allein noch lange nicht gefolgert werden könnte, das die burgenses ursprünglich unfrei sind.

Diese Personen haben dadurch dieselbe Stellung, wie da, wo das Marktrecht deutlich zu erkennen ist, die zu Markt fahrenden Kaufleute.[78])

---

bezieht (Ord V S. 420. 1371; XI S. 11. 1419; XIV S. 498. 1460; XIX S. 603. 1485, und auf diesen Messen zunächst Tuchhandel treibt. Denn jedenfalls hängt die Parallelbildung der 17 flandrischen Städte auf der Champagnermesse mit dem Verband der flandrischen hansa zusammen (Bourquelot études sur les foires de Champagne A. S. 136; Eberstadt S. 284). Es weist ferner die eigentümliche, bei den Flandern bald überschrittene, aber formell doch noch festgehaltene Zahl 17, die bei beiden Verbänden wiederkehrt und dann auch in einzelnen Städten für die Zählung der Zünfte nachgeahmt wurde (vgl. die interessante Bemerkung Eberstadts S. 286 f.), darauf hin, dass es sich um einen alten vorbildlich gewordenen Verband handelt, der viel weiter zurückgeht als das zufällige Urkundenzeugnis. Es mag auch angeführt werden, dass auf dem Indiktum, auf dem die 17 Städte besonders erscheinen, bald von logia mercatorum Parisiensium, bald von logia draperiorum gesprochen wird (Ord VI S. 144. 145. 1375) und über diese der prepositus Gerichtsbarkeit beansprucht; Paris aber gehört zweifellos zu den 17 Städten. Allein das geringe Material ist nicht schlüssig genug.

[75]) Es muss immer wieder betont werden, dass hier hansa = Gesinde ist: Beovulf 925; auch die Belege bei Ulfilas weisen auf kriegerisches Gefolge, Zug.

[76]) V. G. II S. 300 f., S. 84 f.

[77]) V. G. II S. 227. 6a.

[78]) In Nordfrankreich und in den Niederlanden äusserte sich das Marktrecht besonders in der kriminalen Marktgerichtsbarkeit (V. G. II S. 222 N. 24). — Die

Und wie in ganz charakteristischer Weise die rechtliche Zusammengehörigkeit aller Marktfahrer einmal darin zum Ausdruck kommt, dass man sogar an eine Pfändung der Marktfahrer durch den prepositus judeorum denkt,[79]) so besteht auch im Rechtskreis von Paris und Rouen die Möglichkeit der Pfändung.[80])

Weiter haben die bisherigen Untersuchungen deutlich ergeben, dass in Nordfrankreich eine Erstreckung der ursprünglich identischen Begriffe der burgesia oder der hansa stattgefunden hat: in Rouen und Reims, sowie im Osten so, dass man nun direkt auch die Handwerker in die hansa aufnahm, in Paris so, dass man auch sie als burgenses ansah, während der Bestand der hansa sich zwar durch Aufnahme neuer Elemente verändert, aber doch immer auf die Kaufleute im eigentlichen Sinne beschränkt — wohl um das Vorrecht der Hansa (das Stapelrecht) für diesen Kreis zu bewahren.[81])

Beziehung des Marktes zum König ergibt sich aus einem interessanten, von mir früher übersehenen Beleg: Cart. de Paris 163. 1113 heisst es: mercatum (in Puteolis villa, que est in territoria Nantonensi) etiam in eadem villa fieri per singulas ebdomadas regia potestate in perpetuum annuimus, das ist Ord V S. 383. 1371 richtig und noch deutlicher wiedergegeben mit ville de Puiseaux et ses appartements avec toute justice et marché royal et de royale puissance un jour la sepmaine. — Dass die Marktfahrer allgemein in salva gardia und conductu regis stehen, sagt Ord V S. 311 § 2. 1370: sint in salvo et securo conductu et salvagardia Regis prout euntes ad alias nundinas in regno Françiae concessas sunt et esse consueverunt.

[79]) Darüber, dass sowohl nach Landrecht die Pfändung überhaupt, wie nach römischem Marktrecht die Pfändung auf dem Markte ausgeschlossen war, vgl. V. G. II S. 274. Dagegen sind die Marktfahrer (zunächst Kaufleute) nach mittelalterlicher Auffassung auf dem Markt und in Burgstädten pfändbar. — Dem gegenüber ist es nun sehr merkwürdig, dass in einem Privileg für Étampes § 25. 1179 Ord XI S. 212) bestimmt ist: neque praepositus Iudeorum neque alius hominem venientem ad forum vel res suas vel redeuntem de foro vel in foro existentem, in die mercati pro debito capiet. Das lässt sich nicht anders erklären, als so, dass nach einer Auffassung, die freilich hier abgelehnt wird, Marktfahrer und Juden sich gleichstehen und deshalb der prepositus der letzteren auch für die ersteren als (Behörde mit Pfändungsbefugnis erscheint.

[80]) Ord XIII S. 149. 1429. Den Bürgern von Orleans das Recht verliehen, que ladicte ville soit ville d'arrest au regart de leurs debteurs, comme sont noz ville de Paris, de Rouen et de plusieurs autres villes; natürlich gilt das für die Bürger, nicht die Stadt im ganzen.

Wie sich nun aber diese Erstreckung vollzogen hat, was die Motive der Erstreckung waren, nötigt zum Eingehen auf die Abgabeverhältnisse.

IV. Unter den Abgaben erfordert der Marktzoll eine genaue Untersuchung. Auch diesmal soll dieselbe von den spätern Quellen rückwärts gehen.

Da zeigte sich nun sofort, dass die Hallen, welche für die einzelnen Gewerbszweige besondere Buden enthalten, auf dem Marktplatz entstanden sind, örtlich dem Markte entsprechen.[82]) Neben Hallen kommen dann noch andere Marktplätze, z. B. in Verbindung mit dem Flusshäfen vor.[83]) — Weiter sind ganz bestimmte Markttage in der Woche zu erkennen,[84]) von denen sich auch noch die Jahrmärkte abheben.[85])

---

[81]) In den bisherigen Zusammenhang gehört auch die eigentümliche Organisation der merciers: Sie bilden grosse Verbände unter einem roi (über diese rois V. G. II S. 324; dazu noch Ord V S. 615 prince des viniers); er nimmt „chevaliers de la mercerie“ auf und verleiht dadurch die Befugnis, das Gewerbe allenthalben auszuüben (1360). Die Stelle bei Ducange s. v. mercerius, Pigeonnau histoire du commerce de la France (S. 341). Das geht offenbar mit dem parallel, dass in Paris die merciers in den Kaufmannsverband traten. — Dagegen ist mir zweifelhaft ob die normanischen Kesselhändler hierher zählen (vgl. die verdienstlichen Ausführungen von Eberstadt S. 259 f.), freilich werden auch sie wie die deutschen Kessler (V. G. II S. 334) zum palatium gehören.

[82]) Ord III S. 331 § 3. Halle du vielmarchie in Rouen, 1369. (König behauptet hier Kriminalgerichtsbarkeit; dem entsprechend, dass nach einer anderen Quelle der königliche vicecomes auf dem Freitagsmarkte die Kriminalgerichtsbarkeit übt: vicomté de l'eau c. 47, c. 81); Ord V S. 147, 1368: Hallen sind in Paris für die drei Markttage erbaut (Mittwoch, Freitag, Samstag).

[83]) Ord Jean II v. 1351 t. IV. § 4 (Mét I S. 7) en la place et au marché des Halles, en la place et au marché de Grève, en la place et au marché de la Juisrie § 12. Ord X S. 265 § 48, 1415. Wein muss verkauft werden au port de Greve.

[84]) Paris: Et. Boileau I 42 § 6. Il les puet porter au marché, au vendredi et au samedi. I 72 § 15 au jour de marché, c'est a savoir au vendredi et au semedi. Ord XII S. 393 § 3 1312: Die qualibet mercati Parisiis consueta, videlicet diebus Lunae, Mercurii, Veneris et Sabbati. — Ord V S. 147, 1368 drei Markttage. — Ord X S. 259 § 7, 1415. Für Getreide zwei Märkte in der Woche, Mittwoch und Samstag. — Für Rouen Freitag N. 82.

[85]) Z. B. Mèt III S. 311 § 15, 1345. Hier für Fremde neben dem Verkauf in den Hallen Verkauf ès cinq foires, qui sont ès cinq feste Nostre dame, en la foire

So bestimmt die Markttage festgehalten werden, so schafft gerade die Existenz der Halle wohl auch eine Verkaufsmöglichkeit auf dem Marktplatz noch ausserhalb der Markttage;[86]) ebenso ist in Paris wenigstens der Verkauf am Ländeplatz zu jeder Zeit gestattet;[87]) es ist aber dabei zu betonen, dass Flusseinfuhr in Paris lediglich durch mercatores hansati erfolgen kann.[88]) —

In der Halle wird durch den telonarius der tonlieu erhoben; der toleonarius weist auch die Stalla und Plätze an.[89]) Dieser Zoll selber wird vom Verkäufer und Käufer gezahlt.[90]) Wechselnd ist der überlieferte Betrag: In Paris und anderwärts lässt sich kein einheitliches Besteuerungssystem mehr erkennen, sondern auf jedem Gegenstand liegt ohne Rücksicht auf den individuellen Wert jeweils ein fester nach den Gegenständen wechselnder Satz.[91]) Um so interessanter ist es, wenn der in Deutschland weitverbreitete Pfundzoll[92]) gerade so auf den Märkten der Champagne und auf den südfranzösischen Märkten von den italienischen Kaufleuten zu zahlen ist;[93]) ebenso tritt die Kauf-

S. Lorens, en la foire Saint Germain, qui dure vint jours ou environ, en la foire Saint Berthelemy et en la foire Saint Ladre, qui dure dixsept jours ou environ. Schon oft erscheinen diese Jahrmärkte in Et. Boileau.

[86]) Boileau II 9 § 5. Der Fremde kann Brot auch ausser den Markttagen auf dem Markt von Paris verkaufen par obole de halage: also der Verkauf erfolgt in der Halle. – Mét I S. 410 § 6 1311. Fischhändler verkaufen in der Markthalle täglich.

[87]) Ord X S. 265 § 48. Der Verkauf von Wein, der zu Fluss eingeführte auf dem greve findet offenbar jeden Tag statt.

[88]) Ord XI S. 290. 1204. Die Burgundiones dürfen nicht über das oberhalb Paris an der Seine liegende Villeneuve S. Georges und über das oberhalb Paris an der Marne liegende Gournay ohne Pariser hansa hinausgehen; später tritt diese Seite anscheinend zurück (Ord X S. 264 § 44) — Für die Einfuhr von der untern Seine ist, wie schon wiederholt betont, die Exklusive breit bezeugt.

[89]) Boileau I 101 § 14. Li tonloiers de hales de Paris ne puet ne ne doit riens louer hors des couvertures des hales au poison (und ebenso Ord Jean VIII § 13 [Mét I S. 14]). — Mét III S. 148 § 5. Tucher zahlen von ihren Verkäufen in der Halle tonlieu. Mét III S. 155. 1407 § 4. Fremde Kaufleute müssen Tuch in der Halle gegen Verkaufszoll verkaufen.

[90]) V. G. I S. 82 f. u. das dort citierte.

[91]) V. G. I S. 85.

[92]) V. G. I S. 83 N. 19.

[93]) Ord I S. 584 § 1 1315 ordenons – que chacun marchand Italien de toutes manières de marchandises, que il achetera ou que il vendera ès foires de Champagne

abgabe von 4 Den. für die £ in normannischen und pikardischen Häfen hervor.[94]) Der Ansatz wird dann im ganzen den aides des 14. und 15. Jahrhunderts zu Grunde gelegt.[95]) Es wird eben diese aus der Römerzeit stammende Umsatzsteuer an manchen Orten in die gröberen aber bequemeren, festen und differenten Zölle von den einzelnen Objekten übergegangen sein und vielleicht könnte eine genaue Untersuchung der Preise den Zusammenhang noch erkennen lassen. Anderwärts aber hat sich der Pfundzoll gehalten und erlangte dann schliesslich in Frankreich wieder die Oberhand, gerade so gut wie noch im Deutschland des 15. Jahrhunderts der Pfundzoll das Prototyp der Verkehrszölle ist.[96])

Da und dort ist an Stelle der tonlieu einfach die Abgabe für das stallum auf den Markt (Halle) getreten.[97])

An und für sich gilt nun der Grundsatz, dass nur auf dem Markte verkauft werden darf, d. h. auf dem Marktplatz während der Marktzeit.[98])

---

et de Brie et ès quatre villes ou les dites foires sont — et en la ville de Nismes et en toute la Province de Narbonne il payeront tant le vendeur comme l'acheteur a nous — pour chacune livre dou pris que la marchandise sera vendue ou achetée, deux deniers de cette monoie a la quelle le marchié sera fait en lieu du denier de la livre, que ils paioient devant, cf. Ord III S. 254 § 2.

[94]) Ord III S. 573 § 3. 1309. In normannischen Häfen eine maletolte gezahlt 4 d pour £ für die Ware, die in das Königreich eingeführt oder ausgeführt wird; dann 4 d pour £ pour vendre ou acheter. Ord III S. 166. 1340.

[95]) Vuitry III S. 11 f. Das Detail kann nicht weiter verfolgt werden.

[96]) Reisers Reformation des Kaisers Sigmund (ed. Böhm) S. 236.

[97]) Boileau II. 24 § 21 drapiers von Paris oder auswärts, die mehr als 6 Tücher verkaufen, müssen von ihrer huche 12 d. zahlen: et se il vendent au achatent, il sont quite de leur tonlieu du vendre et de l'achater tant comme la foire dure, pour la reson de la huche.

[98]) Boileau I. 59 § 4. Fremde Leinenhändler verkaufen nur auf dem Markte und dürfen auch hier nicht im detail verkaufen. II. 25 § 8. Wollenhändler kommen am Samstag auf den Markt. II. 29 § 3—§ 5. Hanf wird zu Pferd am Samstag auf den Markt gebracht und zahlt halage und tonlieu; wird er nicht ganz verkauft, so muss tonlieu gezahlt werden (§ 5 a. E.) und dann kann man unter der Woche frei verkaufen. § 6 bei dem zu Wagen hereingebrachten Hanf ist das Bild schon verdunkelt durch die Möglichkeit eines ständigen Verkaufs in der Halle. — Ord I S. 427 § 5. 1305 ordenons, que toutes denrées soient vendues et amenées en plain marché et deffendons estroitement, que nulz ne soit si hardis, que il achete ne vende vivres ne vitailles ailleurs que en plein marché. Mét III S. 310 § 17. Für

Und zwar galt das nicht nur für den Verkauf innerhalb der Stadt, sondern auch innerhalb eines weitern Umkreises.[99]) So wie die spätern Quellen die

das Pariser Ledergewerbe item que nulz marchans de hors quiex qu'l soient ne vendent nules des denrées dessus dites fors que en foires et en marchiés afin que l'en ne face aucun marchié fraudeux § 15 ebenso; namentlich auch für Verkauf von Leder. Mét I S. 19 IX § 1. (Jean II. 1351) sur le fait et marchandise de poisson de aue doulce, ce est ordonné, que nul ne nulle ne doit aller encontre le poisson d'eaue doulce que on apporte a Paris pour vendre ne l'acheter pour revendre a Paris ne ailleurs de trois lieues en tous sens mais tant seulement a Paris aux bouticles en la saunerie où es pierres du Roy d'entour Chastellet et lez petit pont; et qui fera le contraire, il perdra la marchandise et l'amendera de 60 sols parisis I S. 25 t. XIV § 1 il est ordone, que tous marchans forains qui apporteront en la ville de Paris aucunes marchandises et denrées pour vendre, les porteront pour vendre ès hales et marchiez publicques et accoustumez et ailleurs ne les pourront descendre ne ailleurs vendre Mét III S. 66 § 4. 1396. Alle auswärtige Leinwand muss direkt in die Halle gebracht werden. — Mét III S. 157 § 9, 1407. Item, que aucuns marchans forains ne pourront vendre draps a Paris, en chambres ne an lieux secrez ne ailleurs que ès lieux acoustumez, c'est assavoir esdites hales d'en hault, sur peine de forfaire yceulz draps. — Mét I S. 478, § 1, § 2, 1413. Die Lebensmittelhändler dürfen innerhalb der Grenzen des vicecomitatus nicht anderweitig verkaufen, sondern müssen die Waren an die bestimmten Plätze, besonders in die Halle bringen. — Ord X S. 259, 1415, § 7, § 10, § 11. Beim Getreide wird davon ausgegangen — wenn auch Abschwächung, — dass der Verkauf auf dem Markte an den 3 Markttagen erfolgen muss. S. 267, § 67, § 204, § 303: es wird davon gesprochen, wie weit die von irgendwoher nach Paris bestimmte Ware noch unterwegs vom Transporteur verkauft werden darf; gelegentlich dieser rein civilrechtlichen, das Verhältnis zwischen Absender und Frachtfahrer betreffenden Frage wird nun voraus gesetzt, dass der Verkauf nur erfolgen kann: a port ou marché juré. § 306, § 307 das zu Wasser oder Land eingeführte Salz sera amené en la place de la Saunerie pour illec estre vendu. § 502 pource que aussi que plusieurs des dis marchans apres ce que ilz ont amené leurs denrées et marchandises pour vendre en ladicte ville de Paris les monstrent et vendent secretement a marchans revendeurs et aultres et ne exposent en vente que le reffus d'icelles denrées et marchandises au prejudice du bien commun, ordonnons que doresnavant aucuns marchans ou autres amenens aucunes denrées ou marchandises — ne les exposeront en vente, fors aux heures et aux places et lieues establies — pour icelles marchandises vendre et debiter. — Ganz deutlich Ord V S. 147. 1368 die Markthallen sind erbaut — pour estre portées et vendues aux trois jours de marchié ordonnez en la ville de Paris et non ailleurs c'est assavoir au mercredi, vendredi, samedi toutes manieres de denreés et marchandises, comme bled et tout autres grain, poissons de mer sant frés comme

Beschränkung erwähnen, wirkte sie weit überwiegend gegen die auswärtigen Händler; da und dort wird sie aber doch auch gegen die einheimischen gewendet.[100])

In Anwendung auf die einheimischen Gewerbetreibenden gestaltet sich dann die Sache so, dass diese ausser der Marktzeit zu Haus verkaufen können und nur während der Marktzeit[101]) — Wochenmarkt oder Jahrmarkt[102]) — die Halle beziehen müssen. Gewöhnlich tritt das in der Quelle negativ in der Weise hervor, dass von dieser Pflicht zu Markte zu gehn gewisse Gewerbe aus verschiedenen Gründen entbunden sind.[103])

salés, drapperie, pelleterie, mercerie, freperie, tapicerie, chausses, toiles, chauderouaille, cuirs taui tanné comme couroyé, cordouonnerie et plusieurs autres denrées et marchandise. Durch Verfall der Halle sei ganz zu Unrecht aufgekommen, dass die Kaufleute zu Haus verkaufen. – Dadurch, dass die Halle einen Kauf auch ausserhalb der Marktzeit an Markttagen möglich macht, verblasst die Marktzeit früher als der Marktort.

[99]) Mét I S. 19 IX § 1 (vorige Note): 3 Meilen. Mét I S. 478 § 1, § 2. 1413 vicecomitatus. Boileau I. 87 § 25: die Pariser corroiers dürfen nicht im Umkreis von 20 lieus ausserhalb Paris verkaufen.

[100]) Boileau I. 87 § 25 vorige Note; Mét I S. 24 XIII. § 3 1351 andere als selbstgemachte Waren können die cordonniers nur in der Halle verkaufen. – Ord V S. 678 § 1. 1372. S. Angély: habitants de la ville, die nicht zur Kommune gehören, dürfen nur an Markttagen und Marktplätzen im detail verkaufen.

[101]) Boileau I. 50 § 41 mit § 38, § 46 tisserands verkaufen unter der Woche zu Haus, während des Markts in der Halle. Ord XII S. 393 für Paris 1312 (§ 3 die mercatores friperii, pelleparii, tapicerii, langiarii) die qualibet mercati Parisiis consueta videlicet diebus Lunae, Mercuris, Veneris et Sabbati – merces suis ad eorum ministerium permanentibus in eorum domibus vel alibi ad stallas extra hallam ipsam nullo modo vendere poterunt. Ord XVII S. 410 § 12. 1470 für pelletiers von Rouen: que nulz des ouvriers dudict mestier demourans en ladicte ville de Rouen ne pourront vendre au jour de marché, fors ès halles de ladicte ville.

[102]) Boileau I. 78 § 39; I. 82 § 9 lormiers, corduaniers, chapuisiers, sieliers, painturiers zahlen 40 sol., um nicht auf den foire Ladre ziehen zu müssen. Boileau I. 87 § 25, die corroiers zahlen mit den merciers, couteliers, tabletiers 40 sol., weil sie nicht auf den Markt S. Germain gehen. Mét III S. 384 § 10. 1371 pource que li corroier ne vont pas a la foire Saint Germain, ils doivent chacun an 40 souls parisits, die Abgabe wird von merciers, coustelliers, tabletiers, orfevres und allen, welche in der halle de la mercerie sind, gezahlt.

[103]) Boileau I. 22 bouclier de laton zollfrei ne il ne sont pas tenus d'aler ou marchié leur roy, se il ne leur plaist; ebenso hauberger I. 26 § 5 mit § 4; ebenso

Mit voller Klarheit beweisen dabei die letzten Stellen, dass das Gebot, auf dem Markte zu erscheinen, der Marktzwang, ursprünglich durch die Zollpflicht bedingt ist.

Der Marktzoll ist eine Handelsabgabe, und deshalb sind ihm und dem Marktzwang die Handwerker nicht unterworfen, welche lediglich ihr Gewerbsprodukt von Fall zu Fall verkaufen. Wie das noch später bei den Schustern einmal mit voller Schärfe hervortritt, derart dass sie fremdgefertigte Ware in der Halle verkaufen müssen[104]), so lässt sich umgekehrt einmal erweisen, dass der Absatz des Handwerksprodukts in der Zunftstrasse (rue foraine)[105]) erfolgt.[106]) Diese rues foraines stehen ein paarmal in direktem Gegensatz zu den rues de marchandises;[107]) die interessante Wortbildung kann also nichts mit Markthäusern[108]) zu thun haben, sondern sie führt anscheinend auf eine Vorstellung, welche die Handwerker mit ihren Häusern genau so als forains auffasst, wie noch im 13. Jahrhundert die Einwohner der Vororte oder gewisser Immunitäten innerhalb der Mauer in gewissen Beziehungen als forains behandelt werden.[109]) — Offenbar daraus erklärt sich die früher berührte[110]) Marktfreiheit und Zollfreiheit, die gewöhnlich kleinen handwerksmässigen Betrieben zukommt, während anderemale die Zollfreiheit (und Markt-

---

moleur et fondeur: I. 41 § 4; fremaillier de laton: I. 42 § 6 § 8; esculliers: I. 49 § 3, § 4; potier I. 74 § 5. lormier I. 82 § 8, § 9; chapelier de paon I. 93 § 1; chapelier de coton I. 92 § 8. Wohl auch çavetonniers I. 85. § 6. — Mét III S. 246 § 11. 1367, item que chappeliers de gans de laine pevent vendre leurs denrées au jour de marchiez en leurs maison et sur sepmainne ne n'est pas tenu d'aler au marchié-le-roy se il ne lui plaist.

[104]) Mét I S. 24 § 3 in N. 100.

[105]) Über solche Zunftstrassen Germ. Abh. für Maurer S. 412 N. 8. — Es ist für die Allgemeingültigkeit dieser Verhältnisse charakteristisch, wenn auch nach norwegischem Stadtrecht der Handel auf dem Markt oder in der Zunftstrasse stattfinden muss: Neueres Stadtrecht VI c. 8 (Norges gamle love II S. 245 f.) — eine offenbare Kopie.

[106]) Ord X S. 7. 1412 für die Waffenmacher, die nach N. 103 nicht zu den marktpflichtigen Gewerben gehören.

[107]) Ducange s. v. foraneus 4.

[108]) Über solche V. G. II S. 252.

[109]) Boileau II. 6 § 11, § 12.

[110]) Ob. N. 103.

freiheit) darauf zurückgeführt wird, dass das Gewerbe ganz für vornehme steuerfreie Käufer bestimmt ist.[111])

Es liegt in der gleichen Linie, wenn in Etampes nur der mercator in foro vendere solitus et emere an den königlichen prepositus eine bonitas zahlt, während der regraterius ad fenestrum vendens keine bonitas gibt,[112]) und wenn noch später die kleinen Gewerbtreibenden, die aus ihren Fenstern verkaufen von der neuen königlichen Umsatzsteuer frei sind.[113]) Die letzten Stellen führen auf einen etwas andern Gesichtspunkt. Es ist der Marktzoll, der erst von 20 s. ab erhoben wird — noch in der Neuauflage des 14. Jahrhunderts wird diese Grenze festgehalten — eine Abgabe von dem Grosshandel. Darum lässt das Recht ausser der Marktzeit und während der Marktzeit die bis jetzt in Paris so verbreitete Kolportage zu.[114]) Und weil der Zoll eine Grosshandelsabgabe ist, so können gegen die einmalige Marktabgabe von 4 Denar die Umwohner von Paris[115]) — gerade so wie z. B. die von Mainz — Lebensmittel jeden Tag zu Markte bringen. Soweit dann auf den Märkten ein Detailgeschäft stattfindet — Fremden ist dies, wie später zu erörtern vielfach verboten —, wird dann ein ganz kleiner Zoll ohne Rücksicht auf die Werthöhe erhoben.[116]) —

So ergeben die Quellen in der zweiten Hälfte des 13. und im 14. Jahrhundert mit voller Klarheit eine lokale Bindung des Verkehrs und des Marktes durch die Marktsteuer, die ihrerseits ihrer Art und Höhe nach

---

[111]) Boileau I. 30 § 14; I. 33 § 7; I. 90 § 6, § 7 auch I. 93 § 2, § 4. — Auch I. 51 (erste Fassung) § 16 mit § 9 (zweite Fassung) kann nur dahin verstanden werden, dass es sich hier um ein Gewerbe handelt, das nur für vornehme — steuerfreie — Haushaltungen arbeitet (so wohl auch Eberstadt magisterium und fraternitas S. 69); meine Deutung in V. G. I S. 336 n. 55 ist irrig.

[112]) Ord XI S. 212 § 10, § 11.

[113]) Ord XII S. 65 § 13 et est assavoir, que lez menuz mestiers de Paris, comme Fenestriers, compoteurs aval le ville ou autres de semblable estat ne sont tenuz a ladite imposition, s'il ne vendent en un jour 20 souldies de denrées.

[114]) Boileau II. 23 § 9 (cf. § 8).

[115]) Boileau I. 59, § 2 — et de tout ce que l'en-vent a detail ou marché le Roy l'en ne doit que obole de coustume.

[116]) Wenn Eberstadt G. R. S. 60 ohne weitere Begründung meint, dass die Zollbefreiung nur die Kreise der Armen berührt, so ist das irrig.

Deutschland und Frankreich gemeinsam ist und deshalb jedenfalls auf die fränkische Zeit zurückgeführt werden muss. Denn der durchgängige Ansatz von 20 s. und von 4 d. kann nicht eine Zufälligkeit sein. Man hat unklar genug der Methode, welche gerade aus der Gleichheit der Zahlenverhältnisse auf die Wurzeleinheit der Institute schliesst, entgegengestellt, Zahlen seien etwas so zufälliges. Natürlich sind sie etwas höchst zufälliges, das Ding, das die meisten Kombinationen gestattet, und es wäre wenig scharfsinnig, wollte man aus einer Verschiedenheit der Zahlen sofort auch eine Verschiedenheit der Institute folgern. Wenn aber die gleichen höchst zufälligen Zahlen für Institute, die demselben Zwecke dienen, überall wiederkehren, so ist das ein zwingender Beleg für einen Ursprung.[117])

Allein nicht nur in der fränkischen, sondern bereits in römischer Zeit lässt sich nun aber die Existenz des Marktzolls mit Marktzwang erkennen und beides kehrt in den Kapitularien und in Belegen aus dem Mittelalter wieder.[118]) So ist der Schluss zwingend, dass

[117]) Es gewährt mir eine grosse Beruhigung, dass gerade der Altmeister urkundlicher Forschung — Ficker — in seinen letzten Untersuchungen bewusst denselben Weg gegangen ist.

[118]) V. G. I S. 83 f. und das dort Gesagte. Wenn neuerdings Eberstadt S. 76 u. f. mir gegenüber die Existenz des Marktzwanges bestreitet, so ist auch ihm das zuzugeben, was ich bereits in der Verfassungsgeschichte korrigiert habe, dass der Marktzoll und deshalb auch der Marktzwang den Kleinverkauf jedenfalls nicht erfasst hat. Dass aber der grössere Handel dem Marktzwang unterliegen konnte, zeigt eben das 13. und 14. Jahrhundert. Ich kann auch gegen Eberstadt nur meine Ausführungen in V. G. wiederholen. Eine sachliche Widerlegung versucht Eberstadt nur für Ord XI S. 210 § 8. 1178. Orleans homines forinseci non coguntur Aurelianis Martii nundinas custodire. In einer alten Übersetzung heisst das: les hommes forains ne soient contraints a garder la foire de Pasques à Orléans. Der ganz späte Lemaire hat nun allerdings übersetzt: ne seront pas tenus de garder les marchandises pendant la foire. Allein dass das unmöglich ist, zeigt nicht bloss die allgemeine Überlegung, dass die Bewachung des Marktes durch die Marktfahrer selbst eine der possierlichsten, sonst nie bezeugten Lasten gewesen wäre. — wo wir sonst von Wachpersonal hören, sind das servientes (vgl. Bourquelot études sur les foires de Champagne B. S. 247, und das dort citierte; etwa auch Ord XI S. 212 § 14). Sondern die Übersetzung ist auch sprachlich unrichtig; custodire ist zweifellos im alten Text richtig mit garder gegeben: garder une feste (foire) aber bedeutet nicht das Fest (den Markt) bewachen, sondern das Fest feiern (cf. glossaire zu E. Boileau s. v. garder).

der spätere Marktzwang, mit dem der Marktzoll zusammenhängt, mit dem älteren Marktzwang identisch ist, der durch den Marktzoll bedingt ist; diese Abhängigkeit des Marktzwangs vom Marktzoll ist im römischen und karolingischen Recht deutlich zu erkennen.

Es ist ja auch eine naheliegende Erwägung, die in wechselnder Form immer wieder im Steuerwesen wiederkehrt, dass im Interesse einer Umsatzsteuer der Betrieb lokalisiert wird. Wir helfen uns jetzt weithin mit der Stempelpflicht, die genügt, weil ja die Geltendmachung des Anspruchs thatsächlich und in manchen Rechten auch rechtlich von der Vertragsurkunde abhängt und damit die Hinterziehung des Stempels evident würde. Das ältere Recht konnte solch ein Mittel nicht haben, und jede Umsatzsteuer ohne Lokalisierung stand da in der Luft. Wie richtig das ist, zeigt die französische Salzsteuer: nachdem diese, eine Salzumsatzsteuer — allgemein eingeführt — vielfach für den König wieder-eingeführt, wird, muss alles Salz in öffentlichen Salzstädeln eingelagert und dort verkauft werden.[119])

Das ist allerdings richtig, dass es dem 13., 14. und 15. Jahrhundert als eine Wirkung des Marktzwangs erscheint, wenn dadurch die Kontrolle der Warengüter ermöglicht wird; manchmal tritt dann diese Seite des Marktzwanges als die wesentliche hervor.[120]) Und weiterhin liegt in dem Auktionsmoment des Marktes der Schutz gegen wucherischen Aufkauf, den man ja durch ausdrückliches Verbot des Vorkaufs in Frankreich wie in Deutschland zu stärken suchte.[121]) Allein da der Zusammenhang zwischen Zoll und Marktzwang in der fränkischen und karolingischen Zeit bestimmt bezeugt wird und auch in den Pariser Nachrichten wieder hervortritt, welche gewisse Gewerbe vom Marktbesuch entbinden, so geht es nicht an, in jenen beiden Wirkungen die — bewusste — Veranlassung des Instituts zu sehen. Das ist ja eine in der Verfassungsgeschichte oft wiederkehrende Erscheinung, dass den ursprünglichen Motiven eines Institutes andere anwachsen,

---

[119]) Ord IV S. 694. 1366.

[120]) Z. B. Mét II S. 700 · § 23. III S. 360 § 1. Die Belege lassen sich vermehren; einiges auch in N. 96; auch Boileau hat schon den Gedanken.

[121]) Einige Fälle in N. 98. Eberstadt S. 113 sieht anscheinend hierin das Wesen des Marktzwangs.

welche das Institut vielleicht noch halten, nachdem seine ursprüngliche Wurzel verdorrt ist. Ich erinnere nur an Lehen und bäuerliche Leihe.

In den Quellen des 13. und 14. Jahrhunderts hat nun aber der Marktzwang bereits seine Bedeutung für die einheimischen Händler halb oder ganz verloren. Der Wein, dieses ursprünglichste Objekt des Flusshandels, ist in Paris und Rouen der Bürger, ursprünglich der hansatus, allein befugt einzulagern.[122]) Diesem Vorrecht der Bürger entspricht beim Wein eine Freiheit von jeder eigentlichen Umsatzsteuer: lediglich eine kleine Ländegebühr (rivage) und eine kleine Abgabe für das Fass wird erhoben. Dabei ist aber diese Freiheit dadurch bedingt, dass der Bürger den Wein selbst eingeführt hat, sonst tritt die Umsatzsteuer ein. Da von rivage die Rede ist, handelt es sich deutlich ursprünglich um ein Vorrecht der Seinehändler, die ja allein Flussfahrt treiben konnten, das aber dann auf jeden Bürger erstreckt ist. – Beides zusammen aber ergibt für den Seinehändler, später für den Bürger überhaupt das Recht des steuerfreien Absatzes zu jeder Zeit, den steuerfreien Detailhandel. — Der Bürger und Insasse, welcher den von andern eingeführten Wein weiter verkauft — also nicht der eigentliche Grosshändler — zahlt ein tonlieu und chantelage von dem Umsatz — beides zusammen offenbar mit dem alten foraticum identisch.[123])

[122]) In Paris und Rouen haben die Fremden nicht das Recht, Wein in den Keller oder in das Haus abzuladen; sie sind also vom Detailverkauf ausgeschlossen. Ord XI S. 269. 1192. Paris. — Chéruel histoire de la commune de Rouen I S. 246. 1150. Item nullus extraneus potest debarcare apud Rothomagum in celario; S. 258. 1200 ebenso Ord II S. 413 § 7. 1217. XI S. 420 f. 1309: Rouen.

In den citierten Quellen für Paris und Rouen wird nun allerdings als der zum Einlagern Berechtigte der residens genannt (vgl. auch Boileau II 4. 1. 2; Leroux II S. 107. 10. Febr. 1291). Allein überall wird das dechargiare zunächst in Beziehung zum Flusshandel gesetzt: dieser aber ist überall ein Privileg der hansa. Deshalb ist auch 1192 (Ord XI S. 269) das Einlagerungsrecht ein Privileg der burgenses, was damals noch identisch mit hansati (vgl. N. 42). Mit der Verbreiterung des Begriffs scheinen dann freilich in der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts alle burgenses im spätern Sinn dazu befugt (Boileau II § 1 § 2; Leroux II S. 107).

[123]) Der Bürger, der Wein von auswärts auf der place de Grève fährt und einlagert, zahlt 1 Den. rivage (Boileau II. 4 § 1, II. 11 § 3). Die place (Hafen) de Grève ist der Weinhandelsplatz; das rivage ist deutlich zunächst die Schiffahrtsabgabe. — Verkauft der Bürger auf der Grève oder später den Wein vom Lager weg, so zahlt er für das Fass $^1/_2$ d. tonlieu (II. 11 § 3), also eine ganz minimale

Fremden aber, die nicht in Paris Bürger sind oder dort wohnen, ist der Detailhandel überhaupt nur gegen das manchmal arbitrāre liage möglich, welches auch zu zahlen ist, wenn ein Fremder unter Verletzung des Stapelrechts der Pariser Hansa die Seine passieren will.[124])

Ähnliche Bestimmungen wie beim Wein haben wohl auch bei Getreide und Salz gegolten.[125])

Abgabe. Die Abgabe vom Fass fällt überhaupt nur an, wenn das Fass mit verkauft ist, trifft also jedenfalls den Detailhandel nicht. Chantelage (II. 5 § 1) zahlt der Bürger von dem Wein, den er selber eingeführt hat, auch nicht. — Der Fremde zahlt aber ausser der Abgabe für das Fass ($^1/_2$ ob.) für jeden modius, den er verkauft, 1 Den. (II. 11 § 1), ebenso der Pariser Einwohner, der kein Haus hat und deshalb kein Bürger ist (II. 11 § 8), endlich der Bürger selber, welcher Wein kauft, der von Fremden eingeführt ist und ihn nun (nach Lagerung) wieder verkauft (II. 11 § 2). — Der gleiche Betrag (1 Den. pour mui) wird pour chantelage (nachdem der Wein vollkommen abgezapft ist) von Bürgern, die aufgekauft haben, oder von Pariser Einwohnern, die keine Bürger sind, gezahlt (II. 5 § 1 § 2). —

Vgl. Abh. f. Maurer S. 407 f. und die Verbesserung in V. G. I S. 78 N. 3. — Der Zusammenhang mit dem Zapfen, der im foraticum hervortritt, ist noch deutlich (II. 5 § 3) am Chantelage zu erkennen.

[124]) Der Fremde, der in Paris a détail (broche) Wein verkauft, zahlt liage (II. 5 § 4 Korrektur ist unnötig). Es ist dieselbe hohe — z. T. arbitrāre — Abgabe, welche erhoben wird, wenn jemand unter Verletzung des Stapelrechts der Pariser Hansa durchfahren will (II. 3).

[125]) Das zu Wasser eingeführte Getreide und andere Lebensmittel zahlen $^1/_2$ d. rivage für die Last: II. 4 § 8. — Boileau II 10 pass. aber, wo das tonlieu geschildert ist, wird zunächst lediglich von dem Falle gesprochen, dass fremde Händler oder Bauern einführen, die Einfuhr durch die Bürger ist nur berührt in bezug auf sein Eigengewächs. In ersterem Falle (deutlich II. 10 1 und II. 10 12 f.) ist nun vom Verkauf auf dem Markte an den Markttagen ausgegangen und wird hier tonlieu erhoben; im zweiten Falle steht es dem Bürger frei, ausser dem Markt zu verkaufen, und er zahlt Zoll nur, wenn er auf dem Markt verkauft (II. 4 § 8). — Der bladier allerdings zahlte von seinen Verkäufen Zoll; aber er ist in Paris nicht bloss venderes, sondern auch ascheteres (I. 3 passim), also kein Importeur. Auf den bladier aber beziehe ich die Variante in II. 10 § 12 f., wonach für das von einem Bürger zu Wasser eingeführte Getreide 1 d. für den mui (wie bei Wein), von dem von Fremden eingeführten 4 d. gezahlt werden muss; denn es heisst vorher: les revendeurs de grain de halles. Ebenso wird von dem durch Fremde eingeführten und in Paris eingelagerten Getreide beim Verkauf eine Abgabe gezahlt (II. 10 § 4). Übersieht man das alles, so fehlt es an Angaben über tonlieu von dem Getreide, das der Bürger selber einführt — und zwar wie es scheint, nach

In Rouen tritt die eine Seite des Verhältnisses — die zollfreie Einfuhr von Waren durch die Flusshändler selbst an Markttagen — in Anwendung auch auf Textilwaren hervor.[126])

Mögen im einzelnen die Verhältnisse unklar sein, jedenfalls ergeben sich für Wein, Salz und wahrscheinlich auch für die andern Objekte des alten von der Hansa betriebenen Flusshandels, dass die Flusshändler — später die Bürger überhaupt — diese Objekte marktzollfrei einführen, jederzeit einlagern und deshalb jederzeit verkaufen konnten, während die fremden Händler an den Markt gebunden sind — m. a. W.: Der Absatz die ganze Woche über, der gewöhnlich ein Detailabsatz sein wird, gehört den hansati.

Hier hat nun aber eine weitergehende Entwicklung stattgehabt. Überall da, wo einheimische Gewerbtreibende an den Markttagen den Markt besuchen müssen, aber ausserhalb der Marktzeit in ihrer Betriebsstätte handeln können, bedeutet dies nichts anderes, als dass sie ausserhalb der Marktzeit das Recht des Detailhandels haben, während dieses Recht den Fremden überhaupt fehlt; möglich, dass der Fremde sogar während des Marktes selber lediglich auf den Grosshandel beschränkt ist. Es wird dieses Verhältnis in den Quellen mehrfach ausdrücklich betont.[127])

---

der Variante zu II 10 § 12 zu Wasser — und verkauft: sein eigenes Produkt aber ist zollfrei und kann jederzeit verkauft werden. Nach einer spätern Quelle endlich hat es fast den Anschein, als ob wieder nur die bourgeois de Paris inbezug auf Getreide das Einlagerungsrecht gehabt hätten (Ord XI S. 49 § 5. 1419); es wird ihnen jetzt aus Gründen der Teuerungspolitik genommen. All das macht wieder eine zollfreie Einfuhr durch die Seinehändler, später die Bürger wahrscheinlich. — Für das Salz ist noch im 15. Jahrhundert deutlich, dass das nach Paris eingeführte Salz im allgemeinen nach der Saunerie gebracht werden muss, dass aber der marchand oder bourgeois de Paris es auch zu Haus lagern kann (Ord X S. 295 § 306).

[126]) Chéruel I. S. 245. 1150 item nullus civium Rothomagi dabit consuetudinem de parmentaria ad feria vel ad forum eundo vel redeundo per Sequanam.

[127]) Boileau I 59 § 4. Fremde Leinenhändler dürfen auch auf dem Markt nicht im detail verkaufen. — Mét III S. 147 § 14—§ 21, S. 156 § 6 (1362, 1407). Fremde drapiers können im Detail nur an einem bestimmten Platz in der Halle verkaufen während die drapiers de la confrairie das Recht des Detailverkaufs auch in ihrer Wohnung haben. — Ord V S. 678 § 1. 1373. S. Jean d'Angely: ob. No. 100. — Ord XX S. 367. 1472. Bordeaux: avum ordenat — que a nulli — no sia permes de vendre en la present ciutat — aucuna marchandisa merceria en menut ne en detail, si no que sia borgues, mais que siau tingudz de vendre leurs deytas marchandizas en gros et asso sotz la pena de 65 sontz.

Ja da und dort ist das Recht der Fremden, am Stadthandel teilzunehmen, lediglich auf den Jahrmarkt beschränkt.[128])

---

[128]) Hierher die freilich späte Stelle in Mét II S. 266 § 3. 1567 für die Pariser merciers: Et sera deffendu aux forains et aux autres bourgeois de vendre, synon au temps ordinaire des foires qui sont celles de S. Denys, Saint Germain et du Landy. — Dagegen scheint gegerbtes Leder bereits im 14. Jahrhundert in Paris nur von den Pariser Lederern verkauft werden zu können ausser auf den grossen Jahrmärkten (Mét III S. 310 f. § 11, § 15. 1345). — Besonders interessant ist eine Nachricht aus Chartres (Ord V S. 272. 1364): Fremde Lederhändler dürfen Leder nur auf den vier Jahrmärkten verkaufen (Verkauf von Leder unter 12 den. — also das was etwa ein Bauer — nicht der Händler — hereinbringt ist freigegeben); sonst nur die tannours der Stadt; dass hier eine ältere Exklusive vorliegt, zeigt wohl Ord VII S. 399. 1265, wonach die tanneurs von Chartres auch allein das Recht haben, den Metzgern Häute abzukaufen. — Hierher gehört dann auch als der älteste Beleg der Zolltarif von Bourges (Raynal histoire du Berry II S. 524 Anfang des 12. Jahrhunderts). Besprochen ist hier der Zoll von Fischen — von Vieh — von Wachs — von Wolle — von Leder — von Wein: also von fast allen Objekten des frühmittelalterlichen Grosshandels. Nur Bürger oder Stadtbewohner erscheinen als Händler bei Fischen — bei Vieh — bei Leder — bei Wein (quicumque de villa zu lesen, nicht quicumque — de villa per omnes portas, was sprachlich unmöglich). Lediglich bei Wachs und wohl auch Wolle werden fremde Händler genannt. Dabei wird dann wiederholt davon geredet, dass die Händler die Objekte auswärts aufgekauft haben oder von auswärts bringen: so bei Fischen, bei Wachs, bei Wolle, bei Leder; und man wird deshalb das gleiche wohl auch bei den andern Objekten vermuten dürfen. Allerdings spricht dann der Tarif im weiteren einmal, bei Vieh davon, dass die Ware wieder ausgeführt wird; bei fast allen andern Waren kann das nicht angenommen werden; so deutlich wegen der mina bei Fischen, dem afferre ad vendendum bei Wachs, Wolle, Leder. Zweifelhaft bleibt die Sache bei Wein. — Es ist also urkundlich sicher, dass die Mehrzahl der Waren lediglich von auswärts gebracht wird; dass sie nur gerade zum Markte eingebracht würden, ist nicht gesagt. Es ist ferner sicher, dass es sich bei der Mehrzahl der Waren um einen Verkauf an Ort und Stelle handelt, während bei dem Vieh ein Ausfuhrzoll in Betracht kommt. — Eberstadt G. W. S. 80 N. 1 hat in einer Erwiderung, über deren ungehörige Form ich kein Wort weiter verlieren will, diese in Abh. f. Maurer S. 401 vertretene Auffassung bestritten und meint, es fände sich nie eine Abgabe von der Ausfuhr: „Einheimische Stadtbürger, die Vieh gekauft haben und es zum Verkauf nach ausserhalb verschicken, zahlen eine Abgabe. Nirgends findet sich alsdann in dem nur wenige Zeilen umfassenden Tarif auch nur ein Wort darüber, dass die obenerwähnten wichtigen Handelsgüter nicht von Fremden eingebracht, sondern von städtischen Bürgern auswärts auf-

Die Einhaltung der Beschränkungen aber, die sich aus dem bisherigen für den Handel ergeben, ist durch den Bann von 60 (65) Sol. gedeckt.[129])

V. Wodurch wurden nun aber die Flusshändler, dann die andern handelnden Gewerbtreibenden vom Marktzwang entbunden und erlangten so das Recht des freien Handels während der ganzen Woche?

1. Ist wirklich die Zollpflicht der Anlass des Marktzwangs, so wird der Handel der Bürger ausserhalb des Marktes in einer Zollfreiheit[130]) der Bürger seine Wurzeln haben, die freilich erst hinterher eintrat, so dass die Verpflichtung, während der Markttage auf dem Markte zu verkaufen, nicht mehr aufgehoben und nur die Freiheit auch des Verkaufs ausser der Marktzeit gewahrt wurde.

Dabei findet sich zweimal eine freilich nicht sehr deutliche Beziehung dieser bürgerlichen Zollfreiheit auf den Flusshandel.[131])

2. Andere Male dagegen wird die Zollfreiheit im Pariser Recht auf

---

gekauft wurden." Offenbar hat E. von der Urkunde nur den auf den Viehhandel bezüglichen Passus gelesen.

[129]) Met I S. 19 IX § 1 N. 98 60 sol. Das Recht von Bordeaux N. 126; Ord XX S. 7 § 10. 1486 Angers: Lederer werden mit 60 sol gestraft, die an Markttagen anderswo als in der Halle rohe Häute kaufen (vgl. auch Ord XXI S. 250 unt. 1499 Orleans, wo 60 sol. verhängt wird, wenn in den Hallen vor der Untersuchung verkauft wird.)

[130]) Ganz allg. Ord I S. 749. 1320 Italienern wurden bisher burgesiae verliehen, um sie von der Umsatzsteuer zu befreien (cf. Ord XIV S. 30 § 15). — Für Wein besassen die Pariser Bürger nach bisherigem längst die Freiheit vom Marktzoll; für das Salz ist dasselbe zu vermuten, weil sie auch hier das freie Einlagerungsrecht besassen, und ausserdem war der Kauf von Salzfässern durch Pariser Bürger genau so zollfrei wie der Verkauf von Weinfässern und Getreidefässern (Boileau II. 11 § 13). Das lässt auf eine durchgängige Gleichheit der drei Produkte im Steuerrecht schliessen.

[131]) Der conduit trifft den Pariser nicht; das ist die Schutzabgabe für den zu Land durchfahrenden fremden Kaufmann. Dagegen zahlt der Pariser Kaufmann das rouage (Boileau II. 6 § 1) und das peage de petit pont (I. 2 § 3), wenn er die Brücke passiert; er ist aber steuerfrei, wenn er die Brücke nicht passiert: als mögliche Einfuhrwege sind nur petit pont oder das Wasser gedacht (II. § 41), nicht die nördlichen Thore, wie dann auch nirgends von einer Torabgabe bei Boileau die Rede ist. So führt das auf Abgabenfreiheit für das, was die Pariser zu Wasser einführen. — Dann ist gesagt, dass von Früchten, die zu Wasser importiert werden, der Käufer oder Verkäufer, der Pariser ist, keinen Verkaufszoll zu zahlen hat (II. 22 § 5).

Bezahlung eines haubann zurückgeführt, und damit tritt eine neue unsichere Grösse in die Untersuchung ein.[132])

Sprachlich liegen die Verhältnisse folgendermassen. Das ursprünglich bezeugte ist sowohl in Paris[133]) wie Senlis[134]) hasbannus. Dann tritt haubant auf. — Halbannus kommt in Paris erst 1222 vor; in einer Urkunde für Bourges steht halbannus allerdings schon 1145; allein da die Urkunde aus den Registern Philipp Augusts stammt, so geht auch dieser Beleg als originaler erst in den Anfang des 13. Jahrhunderts zurück.[135])

Rechtlich kommen zunächst die Belege aus Senlis in Betracht. Hier ist der hasbannus sicher eine Abgabe, welche der prepositus des Königs von den auf dem Markte verkaufenden mercatores und nur von ihnen erhebt.[136]) — Viel zahlreicher, aber schwer zu deuten sind die Nachrichten aus Paris.[137])

---

[132]) Meine früheren Ausführungen sind von Eberstadt S. 70 f. in sehr stürmischer Weise bestritten worden. Er meint, ich habe die Urkunden nicht berücksichtigt. In Wirklichkeit sind in der früheren Darstellung alle vorhandenen Belege genau so wie in der gegenwärtigen Darstellung verwendet, und gerade E.'s Beweiserführung scheitert daran, dass er einseitig den Beleg für Bourges drückt, die Belege für Senlis übergeht und für Paris nicht sieht, dass die ursprüngliche Form hasbanus ist. So kommt er dazu, die alte Auffassung von Ducange aufrecht zu erhalten, die zweifellos aufgegeben werden muss. Denn mag man über die folgenden Ausführungen denken wie man will, eine Händlerabgabe ist der haubann sicher (vgl. Pirene in revue historique 71. S. 366). — Dass in Orleans der haubann vorkommt, teilt bekanntlich Ducange mit, und mir ist das wegen der Existenz der Loirekaufleute innerlich wohl denkbar. Irgend ein Beleg dafür ist aber, so viel ich weiss, aus den dürftigen Quellen von Orleans nicht erbracht.

[133]) Cart. de Paris 159. 1110; 165. 1114; 281. 1140.

[134]) Gall. christ. X col. 428. 1129; 444. 1190.

[135]) Cart. de Notredame de Paris I S. 123. 1222. — Ord I S. 10 § 6.

[136]) Gall. christ. X art. 428. 1129 confirmamus quod hospites iam dicte ecclesiae qui mercatores sunt et in foro nostro opera venalia exercent, hasbannum quod caeteri mercatores praeposito nostro persolvant ipsi ecclesiae persolvant; Gall. chr. X. 444. 1190; Flammermont Senlis S. 173. 1208.

[137]) Meine Ausführung in Germanistische Abhandlungen für Konrad v. Maurer S. 400. Gar keinen Aufschluss über die Bedeutung des hasbannus gibt Cart. de Paris 159: ein furnus und die dazu gehörigen Bäcker befreit von tallia, equitatio, hasbannus, exactio, prepositi: wie hier mit aller Deutlichkeit ausgesprochen sein

Hier ergibt sich folgendes: die Gewerbe, welche jährlich haubann zu zahlen haben, sind im ganzen identisch mit den Gewerben, in denen das Gewerberecht einmal vom König erkauft wird.[138]) Lediglich für das

soll, was das Hasbann ursprünglich gewesen ist, nämlich ein „persönlicher Dienst" (Eberstadt), ist mir mehr als unverständlich.

[138]) Eberstadt G. W. S. 83 N. 2 bestreitet das und behauptet mit bezug auf Eberstadt magisterium und fraternitas S 15 N. 3 die letztern seien an Zahl 24, während die erstern nur 14 seien. — Zu dem Resultat kommt nun aber Eberstadt nur durch eine unzutreffende Zählung. —

Zum Amt des fevres (marichax, greifiers, hiaumiers, veilliers, grossiers) gehört auch das der serreuriers und couteliers, der in Et. Boileau I. 15 § 10 einfach als Mitglied jenes metier erscheint und darnach (I. 15 § 7) offenbar haubann mit zahlen musste. Daran ändert nichts, wenn in I. 17 und I. 18 wieder die serreuriers und couteliers noch einmal als besondere Zünfte mit achat de metier angeführt werden. Damit schmelzen 3 Gewerbe bei Eberstadt in eines zusammen. —

Ebenso ist es mit dem Ledergewerbe. In der Liste Eberstadts zählen dazu taneurs — sueurs — Boursiers — megissiers — baudroyers — cordonniers — selliers, wenn sie cordouan verarbeiten — savetiers — savetoniers, also 9 Gewerbe, alle mit achat de metier. Nun ist es schon aus der Urkunde von 1160 (Cart. de Paris 417) klar, dass jedenfalls die tanatores, baudrei, sutores, mesgeici, bursiaci in einen Verband gehören und dass das der Verband der tanatores ist; denn das magisterium wird als magisterium der tanatores bezeichnet. Weiter gehören nach Et. Boileau II. 8 § 20 zu den taneurs auch die savetier wie die surre und baudroier und das gilt dann natürlich auch für die savetonniers, die nur eine Unterart der savetiers sind. — Die cordouaniers aber gehören nach einem interessanten Zusatz in I. 84. 21 f. zu den sueurs (was man ohnedies denken könnte) und zahlen deshalb haubann (les cordouanuers de Paris doivent et paient chascun an, au Roy pour le haubann, III. s. de Parisis a cause de ce qu'ilz sont sueurs et euvrent de suerie, c'est assavoir de vache et de veau). Das gleiche muss dann für die selliers gelten, die Corduan verarbeiten — und nur diese (Et. Bouileau II. 8 § 13) sind pflichtig zum achat de métier. — Man sieht hier sehr deutlich, wie für die vom Hauptgewerbe abgespalteten Nebengewerbe wie der achat de métier so auch der haubann festgehalten wird, die Erwähnung dieser Thatsache im livre des métiers aber eine zufällige ist. Stammgewerbe ist das der tanatores und dieses ist pflichtig zum haubann (II. 8 § 7, § 8).

Weiter unterscheidet Eberstädt als besondere Klassen regratiers de pain, regratiers de sel (sauniers), poullailliers, poissoniers de mer, poissoniers de l'eau douce. Nun zeigt sich aber (Et. Boileau I. § 2), dass derjenige welcher die regraterie de pain kauft, handeln darf mit Meerfischen, Salz, Früchten und jeder Art von Spezereien; der regratier de fruit aber darf nach II. 8 § 19 mit Salz, mit Meer- und Flussfischen [damit stimmt, dass nach d. Ord König Johanns von 1351 IX. § 1 (Mét I.

Bekleidungsgewerbe treffen die beiden Reihen nicht zusammen. Einesteils zahlen Färber und Walker[139]) haubann ohne achat du métier; bei den fripiers aber ist es möglich, dass jemand lediglich haubannier ist, ohne „fripier“ zu sein, d. h. ohne vom König das métier gekauft zu haben und umgekehrt.[140]) — Endlich gilt für die Wollenweber, zu deren métier auch noch die draperie gehört,[141]) zwar Gewerbekauf,[142]) aber die Leute geben keinen haubann.[143]) — Im allgemeinen wird der haubann mit dem métier verbunden; aber es kommt vor, dass er durch königliche Gnade auch solchen beigelegt wird, die nicht zu einem métier gehören;[144]) hierher wird es dann auch zählen, wenn Bewohner in den Pariser Vorstädten als haubanniers aufgenommen sein können. — Was ist nun die Wirkung des haubann?

S. 19) Flussfische in den Buden der Saunerie verkauft werden; dann Mét I S. 452 § 2 poissoniers et regratiers de poisson], Geflügel [Et. Boileau I. 10 § 12, II. 22 § 10. Ord Jean II. XI. § poullailliers et regratiers] handeln, während nach I. 9 § 3 den regratiers de pain der Handel mit Flussfischen entzogen ist. Man sieht hier sehr deutlich, dass das Stammgewerbe das des regratier de pain und des selier ist, daraus haben sich alle Arten des Lebensmittelhandels entwickelt. Sind nun seliers und regratiers de pain pflichtig zu haubann, so gilt das genau so für die abgespalteten Gewerbe.

Flussfischer zahlen haubann II. 8 § 5; an der königlichen Verleihung des Gewerberechts ist aber hier kein Zweifel (Eberstadt magisterium S. 100 f.). —

Die tapissiers de tapis nostré erscheinen II. 8. 13 als solche mit achat du roy, nach I. 52 § 1 aber als solche, die ohne königliche Verleihung das Gewerbe beginnen können. — Fasse ich alles zusammen, so ist meine Aufstellung (Abh. für Maurer S. 400 f.) zutreffend; lediglich das ist dort zu verbessern, dass ich damals die Zugehörigkeit der Geflügelhändler zu den regratiers und seliers, der selliers und cordonniers zu dem grossen Verbande der tanatores nicht erkannt und desshalb das richtige Resultat mit unzutreffenden Belegen begründet habe. — Übrigens wird auch eine unbefangene Lektüre von Boileau II. 8 zu dem Ergebnis kommen, dass nach Boileau achat de mestier und haubann zusammentrifft. —

[139]) Boileau VII. 8 § 11; I. 54 § 8.

[140]) Boileau I. 76 § 25—27 mit I. 76 § 1.

[141]) Ob. N. 6.

[142]) Boileau I. 50 § 1.

[143]) Über die Stellung der Seidenweber, bràliers de fil, chaussiers: Eberstadt magisterium und fraternitas S. 14 f.

[144]) Boileau I. 1 § 10, II. 8 § 17.

Boileau geht allgemein und in wiederholten Einzelanwendungen davon aus, dass der haubann eine im Detail nicht abgegrenzte Zollfreiheit gibt und zwar nicht nur vom Marktzoll, sondern auch vom rivage.[145]) Auch da, wo nicht ausdrücklich haubann und Zollfreiheit in Verbindung gebracht wird, zeigt sich doch, dass der haubannier zollfrei ist, während die kleine jährliche Gewerbesteuer dadurch nicht beseitigt wurde.[146]) Allein in einem Falle versagt der Gesichtspunkt: der haubannier, der Kleider- und Pelzhändler fripier ist, aber nicht zum métier gehört, verkauft gegen tonlieu;[147]) die spätern Quellen aber heben hier hervor, dass das volle Gewerberecht, die Befugnis, zu jeder Zeit und auch im Detail zu verkaufen, in diesem Fall gerade an den haubann geknüpft ist.[148]) Ein anderes Mal ist dagegen die Befugnis, Produkte eines bestimmten Gewerbes zum Zwecke des Wiederverkaufs zu kaufen — also der Handelskauf —, durch das achater le mestier du roy bedingt.[149]) — In einzelnen Gewerben zeigt sich, dass kein Zwang besteht, haubannier zu werden, so dass im selben Gewerbe haubanniers und solche die es nicht sind, neben einander stehen.[150]) — Ein Teilrecht haben die

---

[145]) Boileau I. 1. § 7, § 11; I. 88 § 14; II. 6 § 11; II. 1 23 § 4, § 8 mit 12 § 6; II. 30 § 5, § 7, § 17. – vgl. auch Ord III S. 259 § 1, § 4. 1182 Zollfreiheit der Pariser Metzger bei ihren Einkäufen und gleichzeitig haubentum.

[146]) Boileau I. 9 § 8, § 9; I. 10 § 2; I. 15 § 3; I. 54 § 7; I. 76 § 26; I. 77 § 2; I 78 § 39; I. 83 § 12; I. 84 § 13—§ 15; I. 85 § 6; I. 88 § 14—§ 16; I. 100 § 14. – Über die Gewerbeabgaben V. G. I. S. 329 f. – Hierher auch cart. de Notredame de Paris I S. 123, wo sich der Bischof von Paris gegen die Erstreckung des hasbannus offenbar wegen seines Zollrechts wehrt. Eberstadt S. 83. N. 2 nimmt an, dass das forinseci der Urkunde sich nicht auf die auswärtigen Grundholden des Bischofs, sondern auf alle forinseci beziehe. Allein die Gewerbetreibenden in den Pariser Immunitäten wurden wiederholt als forains behandelt (Boileau I. 1 § 3, § 5, § 19; II. 6 § 12) und so ist jedenfalls auch die Deutung, die ich übrigens nur als Vermutung hinstellte, möglich. Die Differenz ist ohne Bedeutung.

[147]) Boileau I. 76 § 27.

[148]) Mét III S. 371 § 5. 1369. Item, que nul ne pourra estre pelletier ne vendre (pelleterie a destail en la ville de Paris ne faire ouvrer pelleterie quelconque, seil nest haultbanier (Boileau I. 76 ist peleterie und friperie verbunden). — III S. 426 1441) § 4, § 13. La vertu du hautban est telle, que on ne leur peut deffendre la vendicion et achéter, ouvrer ne faire ouvrer.

[149]) Boileau I. 78 § 19.

[150]) I. 1 § 57; I. 76 § 26.

haubanniers, die nicht einem mestier angehören, nicht und unterliegen auch keinem.[151]) — Endlich ist es von Bedeutung, dass der haubann ursprünglich in Wein gezahlt wird.[152])

Während die Angaben für Paris denen in Senlis ähnlich sind, bietet eine Notiz für Bourges etwas vollständig Neues.[153]) Für sich allein betrachtet, lehrt die Stelle zweifellos, dass es sich bei dem hasbannus um ein wirklich durch die Behörde festgesetztes Gebot handelt. Weiter ergibt sich, dass dieses Gebot den Bauern nachteilig war, weil sie dadurch negocia amittunt. Endlich muss das Gebot irgend welche Reflexwirkung auf die Stadt gehabt haben, denn es wird erlassen mit Beirat der Bürger. Die Personen, von denen das Gebot ausgeht, sind prepositus und vigerius, letzterer ein Beamter des öffentlichen Rechts. Das und nicht mehr ergibt die Urkunde mit Sicherheit. Vor allem lässt sich kein verlässiger Schluss auf den Inhalt des Gebots ziehen: das amittere negocia ist eher mit „Absatz verlieren" zu übersetzen;[154]) allein eine Sicherheit gibt hier das unbestimmte Sprachgesicht nicht. Aber das ist allerdings gewiss, dass gar nichts auf eine Frohnd hinweist.[155])

---

[151]) So deutlich für fripiers I. 76 § 27 mit § 29. — Bei den Bäckern ist der haubannier gegen das Teilrecht der Bäcker, die nicht haubanniers sind, geschützt, aber nicht umgekehrt: hier ist aber die Voraussetzung die, dass auch der haubannier dem métier angehörte.

[152]) Ord III S. 259 § 4. 1182; Boileau I. 1. § 8: II. 8 § 15.

[153]) Ord I S. 10 § 5, 1145: prepositus autem atque vigerius quotiescumque volebant halbannum submonebant et villanos sese redimere coercebant; de quo quoque praeceptum ab ipso est, ut illa redemptio halbanni remaneat et halbannum ter in anno fiat, termino competente; sine omni redemptione rustici sua negotia amittant et hoc consilio bonorum virorum ipsius civitatis.

[154]) So sind in Ord XI S. 194. 1146 Tournus (also nicht sehr weit weg): sive de fratrum negotiis, sive de suis: die negotia die Handelsgeschäfte und das ist ja doch auch die Normalbedeutung in der spätern Sprache geblieben. — Eberstadts Übersetzung von negocia amittere S. 80 N. 1. a. E. nicht mit „verlieren" sondern mit „im Stich lassen" ist offenbar dadurch veranlasst, dass er — sprachlich unmöglich — das negotia amittent als Imperativsatz von halbannum abhängig sein lässt. — Amittere heisst aber eben einmal verlieren. — In der spätern Fassung (Ord I S. 49 § 5) heisst es ne rustici — amittant: möglich, dass das auch in der ersten Urkunde zu ergänzen ist.

[155]) Das ist nach Eberstadt der „klare Inhalt der Urkunden". Der Sachverhalt ist folgender: Nach der Stelle über den halbannus folgt: § 6 de bobus acutem,

Die Nachrichten der Urkunde von Bourges erhalten erst Licht, wenn man sie mit den andern Belegen zusammenstellt. Da ergibt sich dann zunächst, dass hasbannus ein wirklicher ausdrücklicher Befehl ist. Die Bauern verlieren durch ihn ihre negocia und zahlen deshalb etwas zur Abwehrung dieses Befehls. — In Senlis aber zahlen die mercatores hasbannus, welche den Markt besuchen. Schon das macht die Auslegung vollkommen unmöglich, dass es sich um eine Frohnd handelt. Denn wenn man an eine Frohnd auch der städtischen Bevölkerung dächte, so wäre es ebenso unbelegt als innerlich unverständlich, wenn gerade die Markthändler und nur sie dadurch betroffen sein sollten. — Die Quellen von Paris aber zeigen, dass der haubann durchweg Vorteile für den Zahlenden

in quibus mastivas accepimus statutum ab ipso est, ut quicumque bovem post festum sancti Michaelis acceperit usque in sequentes messes, mestivam nullatenus reddat. — § 7 per harum itaque dimissionem pravarum consuetudinum, omnes villani consuetudinarii, qui per se sunt et familiam tenent cartallum unum frumenti Regiae maiestati annuatim persolvere firmaverunt; pro dimissione vero quarrorum de unoquoque bove rusticorum consuetudinariorum quartallum similiter nunc frumenti et de unoquoque rustico consuetudinario ordei unam minam. De fossoribus (richtig Eb. S. 79. n. 2.) autem quartallum unum quod servientes habere solebant. § 8 porro de his mastivis praeceptum est ut ad justam minams praefactae civitatis reddantur. — Hier ist nun deutlich (§ 7), dass zunächst die Bauern für die vorausgehenden pravae consuetudines jährlich ein Viertel Getreide zahlen müssen auf jeden Ochsen, den sie haben; die vorausgehenden schlechten Gewohnheiten sind das willkürliche submonere hasbannum und dann vielleicht die mestiva wegen solcher Tiere, die erst nach der Ernte erworben sind. Ausserdem aber wird auch die Wagenfrohnde abgelöst und zwar so, dass der steuerpflichtige für jeden Ochsen wieder ein Viertel Getreide, dann noch Gerste zahlt. — Beide Getreideleistungen sind nach § 8 mastivae. — Nach § 1 aber haben prepositus und vigerii auch in der Stadt (septena — ein für Bourges oft vorkommender Ausdruck) grundlos mestiva und hospicia verlangt. Mestiva ist eine Abgabe, welche vom Getreide oder Wein (die (Belege bei Ducange s. v. mestiva), und zwar hier nach der Zahl der Ochsen vom pflichtigen Bauer geleistet wird (so richtig gegen mich Eberstadt S. 75 N. 4). — Es ist also in Bourges wie oft in Frankreich — ich erinnere nur an das normännische monetagium — irgend eine drückende obrigkeitliche Anordnung durch eine Grundsteuer abgelöst. Allein es ist weiter deutlich, dass die Verpflichtung zu den Carri etwas ganz anderes ist, als die vorher berührten pravae consuetudines. Damit fallen dann alle weiteren Schlüsse weg. Wie Eberstadt da behaupten mag, die Definition Ducange's halbannus = submonitio ad operas, sei wörtlich dem Texte der Urkunde von Bourges entnommen, verstehe ich nicht.

nach sich zieht: einesteils ist eine nicht deutlich begrenzte Zollfreiheit als Folge hervorgehoben, andermal dagegen wird das vollkommen unbegrenzte Recht zu handeln betont, wiewohl Zoll gezahlt werden muss. Dieses unbegrenzte Recht zu handeln aber tritt, wie die bisherige Untersuchung ergibt, für die Masse der städtischen Gewerbetreibenden auf: zwar sind sie noch verpflichtet den Markt zu besuchen, aber sie haben das Recht des Handels, wesentlich des Detailhandels auch ausser der Marktzeit. Man wird also das allen Fällen des Pariser haubann Gemeinsame in der Gewährung eines zeitlich unbegrenzten Handelsrechts zu suchen haben. Dazu kommt man auch durch die andere Überlegung, dass die Zollfreiheit als solche nicht durch einen Bann geschaffen sein kann — das ist eine juristische Unmöglichkeit; dass die Zollfreiheit durch den haubann geschaffen wurde, ist dann nur eine spätere Kombination. Die Abgabe aber ist die Vergütung für die Gewährung des unbegrenzten Handelsrecht. — Nimmt man dann aber diese Resultate zusammen, mit dem Recht von Bourges, so ist klar, dass diese Freiheit im Detailhandel eine Benachteiligung der Landbevölkerung ist. Denn in Paris und anderwärts entspricht die Befugnis der städtischen Gewerbtreibenden, auch in der Woche zu handeln, einer Gebundenheit der auswärtigen an die Zeit des Wochenmarkts. Anderwärts [156]) aber und gerade in Bourges lässt sich erkennen, wie die Fremden überhaupt von jedem Absatz ausser vielleicht auf dem Jahrmarkt ausgeschlossen sind. Den kleinen Lebensmittelhandel, der nicht unter den Marktzwang fällt, wird man dabei natürlich ausnehmen müssen. — Von da ergibt sich dann mit Notwendigkeit der Inhalt des behördlichen Gebots: verboten werden die negocia während gewisser Zeit — unter der Woche oder unter dem Jahr — ausser für bestimmte Gewerbe, welche dafür eine Abgabe zahlen. Insoweit ist dann der hasbannus nichts anderes als die Festhaltung des römischen Marktzwangs; die Festhaltung aber erfolgt durch ein ausdrückliches Gebot, und dadurch mündet dann das Institut in die altgermanische Ordnung des Absatzes durch Befehl des Volksbeamten, welche in fränkischen Gegenden genau so gut sich findet, als im nordgermanischen Recht.[157])

---

[156]) N. 126, N. 127.

[157]) In der spätern Fassung der Urkunde für Bourges ist einfach von banni, nicht von hasbannus gesprochen (Ord I S. 49 § 5). Über bannus de rebus venalibus

Es ist ein starker Beweis für die Richtigkeit des Bisherigen, dass die gleiche Sache in Deutschland als Bannmeile auftritt, die auch hier ausdrücklich gesetzt wird,[158]) und es mag hierher gehören, wenn in Langres einesteils die hansa erwähnt ist, andernteils aber von einem mettre la bannie ou finaige de Lengres die Rede ist.[159])

Die Freiheit vom Marktzwang ist nun aber in Paris zuerst auf die Objekte des Flusshandels und daher der Pariser Hansa angewendet.[160]) — Ist der hasbannus ein Gebot zu Gunsten der Bürger, die jederzeit ihre Ware absetzen können, so ist es dann zunächst ein Gebot zu Gunsten der hansa, und dazu führt auch die sprachliche Erwägung. Nicht nur, dass hasbannus die wiederholt zuerst bezeugte Form ist (ich lege darauf kein entscheidendes Gewicht; denn das mag schliesslich Zufall sein), sondern es ist vor allem sprachlich sicher, dass in hasbannus das s wurzelhaft sein muss und dass sich hasbannus weder aus haubann noch aus halbannus entwickeln konnte. Anderseits ist es freilich ebenso gewiss, dass auch halbannus nicht aus hasbannus entstehen konnte. Und so bleiben zwei Möglichkeiten: vielleicht handelt es sich wirklich um zwei sprachlich getrennte Bezeichnungen für ein und das gleiche Ding: dann wäre halbannus wirklich das Gebot, blos in den Hallen — zur Marktzeit und am Marktort — zu verkaufen; bedenklich scheint mir nur, dass anscheinend die Hallen vielfach erst im 12. Jahrhundert entstanden sind; aus halbannus bildet sich dann leicht haubann. Möglicherweise ist aber auch haubann vor halbannus dagewesen; haubann selber kann sehr wohl aus hasbannus oder hansbannus entstanden sein, namentlich wenn man an die im Angelsächsischen bezeugte Nebenform hosa denkt. Aus haubann aber würde dann in der lateinischen Urkundensprache vom Anfang des 13. Jahrhunderts vereinzelt halbannus gemacht worden sein, etwa nach Analogie vom aubain = albanus, ein

---

Germ. Abh. für Maurer S. 401; über das gewerbliche Bannrecht im südgermanichen Recht überhaupt V. G. II S. 97 f. — Für das nordgermanische Recht cf. Gulapingsl. 313; Frostupingsl. V 43, VII 27; Landsl. VII. 14.

[158]) Weiland II. 171 § 5 zuerst zufällig erwähnt.

[159]) Ob. N. 40 mit Ord III S. 658 § 6. 1363. Die dort angegebene Erklärung scheint mir irrig. Das im Text Angedeutete ist natürlich nur Möglichkeit.

[160]) Beiläufig will ich bemerken, dass der vom roi des merciers eingesetzte „Ritter" das Recht hat officium mercerie ubique exercendi (Ducange s. v. mercerius); auch das gehört in diesen Zusammenhang.

Wort, das ohnedies einem verwandten Gedankenkreis angehörte. Ich will über die beiden Möglichkeiten nicht entscheiden, jedenfalls bleibt als eine selbständige Form hasbannus. Ist aber nachweislich der Inhalt des haubann zunächst im Recht der hansa anzutreffen, so wird man dann notwendig im hasbannus ein Gebot an die hansa zu sehen haben.[161])

Der hasbannus ist dann aber auch auf andere Gewerbe erstreckt worden. Was war da nun die treibende Kraft? Es ist schon erwähnt worden, dass die Zollfreiheit nicht durch hasbannus geschaffen sein kann; und in der That sind die Kleider- und Pelzhändler, welche nicht dem métier angehören, aber haubann zahlen, zollpflichtig. Vielmehr setzt der hasbannus Zollfreie bereits voraus, die er dann eben deswegen vom Marktzwang eximierte. — Es ist weiter erwähnt worden, dass die Gewerbe mit haubann im ganzen zusammenfallen mit den Gewerben, wo achat le métier du Roi statthat. Sprachlich ist die letztere Bezeichnung gewöhnlich neutral und könnte ebenso andeuten, dass man vom König das métier kauft, als dass man das métier des Königs kauft; ein paar Stellen entscheiden aber doch für die erste Auslegung.[162]) Das Gewerbe wird aber für den König durch Hofbeamte verliehen: es kann sich also nicht allenfalls um eine Gewährung der Meisterschaft nach öffentlichem Recht, sondern muss sich um die Aufnahme unter die ministeriales des Königs handeln, welche den ministeriales des Bischofs[163]) parallel geht. Von da ab aber folgt Zollfreiheit für die Aufgenommenen, wie eben jeder, der unter das königliche Gesinde tritt, zollfrei ist. Die Pflicht, auf dem Markt zu erscheinen,

---

[161]) Dass has = hans zeigt schon das hasecher im Tucherstatut für Valenciennes (Wauters preuves S. 259) cf. auch angelsächsisch hosa. — Eberst. S. 83 N. 2 hält den Schluss im Text, den ich freilich seinerzeit nicht so ausführlich wie jetzt entwickelt habe, für etwas total Unverständliches, und ich muss noch froh sein, dass er wenigstens gütigst nicht an meiner bona fides zweifelt.

[162]) Regelmässig ist die Formel (z. B. Boileau N. I. 84 § 1): il convient qu'il achate le mestier du Roy; et le vent de par le roy monseigneur Pierre le chambellan. Auch I. 79 § 16 s'il n'achate le mestier del cordonier du Roy kann heissen: das Handwerk des Schusters des Königs kaufen, oder vom König das Handwerk des Schusters kaufen (die in der Ausgabe angegebene Erklärung ist sicher falsch). — Aber entscheidend II 8 § 13 se il n'achate le mestier du roy ou del comment de ceux, a quex li Roy a donné. Ebenso I 78 § 34 qui ait le mestier achaté du Roy.

[163]) Cart. de Nôtre Dame de Paris S. 1222.

die jetzt auch durch das Motiv der Gewerbekontrolle und das Auktionsmoment, das jedem Markt zu Grunde liegt, gehalten wird, fällt freilich nicht mehr weg; aber es ergibt sich nun die Möglichkeit, ausserhalb des Marktes zu kaufen. Das Entgelt für dies einschneidende Vorrecht ist dann der einmalige Einkauf und eine Jahresleistung — der „hauban" —, wie sie ja schon bei der ältesten Aufnahme unter das gewerbliche Königsgesinde angedeutet wird.[164]) Möglich ist es freilich, dass auch einmal das tonlieu ausdrücklich festgehalten wird, weil eben eine Pauschalierung gerade schwer möglich ist: so ist es in der alten Zeit bei einzelnen Marktzöllen;[165]) so in Paris bei dem Zoll für Verkauf von Tuchen gewesen; die Verkaufsfreiheit tritt aber auch hier ein. Möglich ist es ferner, dass da und dort ein Gewerbe lediglich die Jahresabgabe zahlt, während für den Gewerbebeginn die ursprüngliche Gewerbefreiheit ohne achat du métier beibehalten wird: das gilt für die Walker und Färber in Paris. Möglich, dass schliesslich auch einmal lediglich die Absatzfreiheit an einzelne gegen haubann gegeben wird, ohne die übrigen Folgen der Zugehörigkeit zum königlichen Gesinde: so bei den fripiers haubanniers, die nicht dem métier angehören. Immer aber hat es die Aufnahme unter das königliche Gesinde ermöglicht, dass durch den Marktbann dem Eintretenden das ausschliessliche Recht des freien Verkaufs unter der ganzen Woche oder vielleicht unter dem Jahre eingeräumt wird, wie das ursprünglich durch den Marktbann zu Gunsten der hansa geschehen ist.

Nicht in die eigentliche hansa treten dabei in Paris die Gewerbetreibenden ein, weil diese besondere Vorrechte für sich bewahrt, sondern in andere Zweige des königlichen Hofgesindes. Als Gesinde der Stadtherrn werden sie dann aber „Bürger". In Rouen und anderwärts werden sie dagegen direkt als Glieder der Hansa betrachtet. —

In andern Rechtsgebieten hängt der Eintritt der Einwohner unter die Bürger mit dem Marktrecht zusammen:[166]) die ständig den conductus (hansa) des Marktrechts Zahlenden bleiben dauernd im königlichen Gesinde. Auch in Paris ist wenigstens zu erkennen, dass der Marktzoll das

---

[164]) Form. imp. N. 37.

[165]) Form. imp. N. 37.

[166]) V. G. II S. 247 f.

Element des conductus enthält.[167]) Es ist deshalb möglich, dass in dem haubann für sich allein eine Pauschalierung dieses conductus liegt, der die Pariser Einwohner trifft, und das gewinnt eine gewisse Wahrscheinlichkeit, wenn man bedenkt, dass in Senlis der haubann gerade mit dem Markt zusammengebracht wird. Dann hätte sich der Eintritt in das Gesinde an der Hand des Marktrechts vollzogen wie im Osten auch. Die Quellen sind aber viel zu dürftig zu sicheren Schlüssen. Möglich auch — und der achat spricht wieder dafür —, dass es sich um einen Eintritt ohne Rücksicht auf Marktrecht handelt.[168])

[167]) Die Bezahlung des tonlieu befreit den Fremden in Paris von der Bezahlung des conduit: Boileau II. 7 § 19; II. 7 § 7; II. 12 § 13; II. 13 § 12; das lässt sich doch nur so denken, dass der tonlieu auch hier, wie sonst oft, conduit ist.

[168]) In den V. G. II S. 245—247 geschilderten Formen.

Druck von Gressner & Schramm, Leipzig.

